

Das Wesen des Prälegats und die Berechnung der Anteile mehrerer Prälegatare.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Adam Bölte,
aus Grevesmühlen.



Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Literatur.

- Arndts, Fortsetzung zu Glück's Pandekten, bes. Band 47.
Bernstein, Zur Lehre vom römischen Voraus. Zeitschrift
der Savigny-Stiftung, Band 15 S. 26 ff.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten.
Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten.
Corpus iuris Codex von Krüger, 1906.
Digesten von Mommsen u. Krüger, 1908.
Dernburg, Pandekten.
Göppert, Über den Grund der Regel heredi a semet ipso
inutiliter legatur. Diss., Göttingen 1893.
Heumann, Handlexikon von Seckel, 1907.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte.
Kretschmar, Die Natur des Prälegats nach römischem
Recht.
Lassalle, System der erworbenen Rechte. 2. Aufl.
Lenel, Palingenesia iuris civilis.
Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. 1.
v. d. Pfordten, de Praelegatis. Erlangen 1832.
Puchta, Pandekten und Vorlesungen.
Savigny, Obligationenrecht.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht.
Vangerow, Pandekten.
Vangerow, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 35 S. 260 ff.
von dem Anwachsungsrecht bei Prälegaten.
Windscheid, Pandekten, 9. Aufl., von Kipp.
Wlassak, Vindication und Vindications-Legat. Zeitschrift
der Savigny-Stiftung, Bd. 31 S. 196 ff.
Huschke, Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt.
5. Aufl.
Vocabularium iurisprudentiae romanae.
Codex Theodosianus von Mommsen.
-



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhalt.

I. Das Wesen des Prälegats.

- § 1. Einleitung.
- § 2. Die Theorie von Kretschmar.
- § 3. Der Wille des Erblassers.
- § 4. Die schwebende Ungültigkeit.

II. Die Verteilung des Prälegats unter mehrere Berechtigte.

- § 5. a) bei dem Damnations-Legat.
b) bei dem Vindikations-Legat.
 - § 6. Vangerow's Ansicht.
 - § 7. Das besondere Anwachsungsrecht bei dem Vindikations- und Präzeptions-Legat.
 - § 8. Die Berechnung der Anteile mehrerer Berechtigter bei dem Prälegat per vindicationem und per praeceptionem.
-

I. Das Wesen des Prälegats.

§ 1.

Einleitung.

Die Evaneszenztheorie S. 8. Die Nichtigkeitstheorie S. 8. Vangerow's Theorie der bedingten Wiederholung S. 9.

Drei Momente sind von entscheidender Bedeutung für jede letztwillige Verfügung: die Errichtung, der Erbfall, der Erbschaftsantritt. Die Verfügung muß gültig angeordnet sein; sie muß durch den Tod des Erblassers letztwillig, unwiderruflich geworden sein; die Erbschaft muß angetreten sein. Dieses gilt auch von dem Prälegat. Errichtung, Erbfall, Erbschaftsantritt sind seine wesentlichen Tatbestandsmerkmale.

Das Prälegat weist aber die Besonderheit auf, daß es, trotzdem es gültig angeordnet und durch den Erbfall unwiderruflich geworden ist, dennoch durch den Erbschaftsantritt des Prälegatärs von ihm nicht in seinem ganzen Umfange, sondern nur zu dem Teile erworben wird, welcher seinen Miterben zur Last fällt, und schon seit den Glossatoren wird darüber gestritten, ob der Grund dieser beschränkten Wirksamkeit des Prälegats in seinem Errichtungstatbestande zu suchen ist, oder ob erst der Erbschaftsantritt seine teilweise Nichtigkeit herbeiführt, ohne daß bis heute eine Einigung zugunsten der einen oder der anderen Ansicht erzielt wäre.

Die Quellen geben keine Entscheidung in der einen oder der anderen Richtung und die Vertreter der verschiedenen Theorien stützen sich auf dieselben Quellenstellen, die jeder in dem seiner Ansicht günstigen Sinne auslegt. Da aber die Quellen uns hier im Stich lassen, so bleibt als Prüfstein für die Richtigkeit einer Prälegatstheorie nur, daß sie seine verschiedenen Wirkungen richtig zu erklären vermag.

Hier versagt aber die Evaneszenztheorie bei dem in D. 31, 75, 1 Papinian l. 6 responsorum entschiedenen Falle. Ist das ganze Prälegat von Anfang an gültig angeordnet und wird es erst teilweise ungültig durch den Erbschaftsantritt des Prälegatars, so muß es ganz gültig sein, wenn der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt stirbt. Papinian entscheidet aber das Gegenteil in D. 31, 75, 1.

Die Nichtigkeitstheorie ihrerseits steht vor der Schwierigkeit, zu beweisen, daß ein von Anfang an ungültiges Rechtsgeschäft später gültig werden kann und daß die Ausschlagung der Erbschaft diese Wirkung hat. Über den von v. B u c h h o l t z¹⁾ geführten Beweis haben schon A r n d t s²⁾ und K r e t s c h m a r³⁾ das Nötige gesagt⁴⁾.

¹⁾ Prälegate S. 196.

²⁾ In Glück 47, 101.

³⁾ Prälegat S. 49.

⁴⁾ B u c h h o l t z, S. 196, Anm. 101 zitiert auch Duaren als Vertreter der Nichtigkeitstheorie, der die Nichtigkeit durch die *benigna interpretatio iuris consultorum* heilt. *Benigna iuris consultorum interpretatione hoc ei concessum est.* cfr. v. d. P h o. S. 20.

Über diesen toten Punkt, daß ein ungültiges Rechtsgeschäft nicht gültig werden kann, sucht V a n g e r o w¹⁾ dadurch hinweg zu kommen, daß er annimmt, der ungültige Teil des Prälegats sei ex voluntate defuncti für den Fall, daß der Prälegatar nicht Erbe wird, stillschweigend wiederholt unter der Bedingung si heres non erit. Diese Bedingung tritt ein, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt, aber erst nach seinem Tode, wenn er stirbt, ohne sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt zu haben, und daher erbt in dem Falle D. 31, 75, 1 sein Erbe nur den, den Miterben des Prälegatars zur Last fallenden Teil des Prälegats.

Gegen diese Ansicht, daß die negative Bedingung si heres non erit erst nach dem Tode des bedingt Bedachten in Erfüllung geht, sind aber B u c h h o l t z²⁾, K r e t s c h m a r³⁾ und A r n d t s⁴⁾ aufgetreten, und m. E. ist ihnen darin beizupflichten, daß diese Bedingung zu denjenigen gehört, welche schon vor dem Tode des Bedachten eintreten. Stand also der ungültige Teil des Prälegats unter der Bedingung si heres non erit, so mußte in D. 31, 75, 1 dem Erben des Prälegatars das ganze Legat zufallen. W i n d s c h e i d, Pandekten § 627⁶, will die D. 31, 75, 1 dadurch mit der Theorie von der bedingten Anordnung des auf den Erbteil des

¹⁾ Pandekten § 523, III.

²⁾ Prälegat S. 172.

³⁾ K r e t s c h m a r S. 53.

⁴⁾ A r n d t s, 47, 94 ff. Tacita repetitio. cfr. K r e t s c h m a r 60 ff.: tacita repetitio legati a substituto erst seit Severus und Caracalla.

Prälegatars fallenden Legatteils in Einklang bringen, daß diese nicht gelten soll zugunsten der Erben des Prälegatars, an welche der Erblasser gar nicht gedacht hat. Er hätte sich hierfür auf D. 28, 6, 8, 1 Ulpian L. 4 ad Sabinum berufen können: *neque heredis heres quia non ex iudicio veniunt*. Windscheid hat aber nicht die Vangerow'sche Theorie adoptiert, wie Kretschmar S. 53 schreibt, sondern die von Donellus und der Glosse, daß der ungültig vermachte Teil des Prälegats von Anfang an unter der Bedingung *si heres non erit* steht. „Das letzte“ in Anm. 5 zu § 627 cit. kann nur auf das unmittelbar vorhergehende, nämlich „eine in dem Vermächtnis selbst enthaltene Bedingung des Nichterbwerdens“ bezogen werden¹⁾.

§ 2.

Die Theorie von Kretschmar.

Die *contraria condicio* S. 12. Das *a se accipere* S. 15. Der römischrechtliche Begriff der *Universalsuccession* S. 17.

Auch Kretschmar hält fest an der Nichtigkeitstheorie. „Die Verfügung“, schreibt er S. 234, „ist — für den dem Erbteile des Vermächtnisnehmers entsprechenden Teil — als Vermächtnis ungültig, tot und kann auch niemals konvaleszieren.“ Hinter dem Prälegat *Titius sibi dato* liegt aber das ganz gewöhnliche von Anfang gültige *Sempronius coheres Titio dato*

¹⁾ Im Text vertritt er aber die Nichtigkeitstheorie; s. § 627 Anm. 4: „Die hier vertretene Auffassung, nach welcher das Vorvermächtnis für den Erbteil des Vermächtnisnehmers von Anfang an ungültig ist.“

(S. 235). Der primäre Gedanke des Erblassers, welcher die Erben auf Quoten einsetzt, ist, daß er den Prälegatar für seine Quote, die Miterben für die ihrigen belastet setzt (S. 236). Das Prälegat ist daher zum Erbteil des Prälegatars primär ungültig und zu dem der Miterben primär gültig. Die Anordnung ändert sich aber, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt (S. 236). Schlägt der Prälegatar aus, so fällt er als primär Belasteter aus; an seine Stelle treten die Miterben als sekundär Belastete für den ungültig vermachten Teil (S. 237, cfr. 274). Diese sekundäre Belastung ist von Anfang pur, indem sie lediglich unter der *tacita condicio iuris* steht, daß der sekundär Belastete Erbe werde (S. 240). K r e t s c h - m a r unterscheidet also zwei Teile des Prälegats, den den Miterben unter allen Umständen auferlegten und daher stets gültigen (S. 275) und den von dem Prälegatar primär sich selbst — also primär ungültig — hinterlassenen und sekundär von den Miterben gültig hinterlassenen Teil (S. 282). Diesen zweiten Teil stellt er unter die Alternative, daß ihn der Prälegatar entweder von sich selber (nach Erbrecht S. 276) oder eventuell von den Miterben empfangen kann (S. 282). Die erstere Alternative ist die prävalierende; — denn wenn eine Anordnung so getroffen ist, daß jemand dasselbe unmittelbar durch eigenen Entschluß und zugleich alternativ durch fremde Vermittelung bekommen soll, so geht das *a se accipere* vor (S. 276) —; sie steht gewissermaßen unter der Bedingung: *si heres erit* (S. 283). Die sekundäre Alternative, daß der Prälegatar den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Legats von seinen Mit-

erben erhalte, steht deshalb unter der entgegengesetzten Voraussetzung *si heres non erit*. Diese negative Bedingung der sekundären Alternative tritt notwendig in Kraft, wenn die positive der primären wegfällt. Schlägt also der Prälegatar die Erbschaft aus, so erwirbt er auch den ihm primär ungültig vermachten Teil und somit das ganze Legat, denn die sekundäre Belastung der Miterben war von Anfang an pur (cfr. S. 240).

Die Theorie von der *contraria condicio* wenden die römischen Juristen in den Fällen an, in welchen zwei letztwillige Verfügungen, deren eine bedingt ist, derartig mit einander in Widerspruch stehen, daß sie nicht beide erfüllt werden können.

Eine resolutiv bedingte oder befristete letztwillige Verfügung kennt das klassische römische Erbrecht nicht. D. 30, 55 Pomponius L. 9 ad Sabinum: *nec tempore, aut loco, aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest* und D. 44, 7, 44, 1 Paulus L. 74 ad edictum. *Placet antem ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum*. Einen Versuch, hier eine Rechtsänderung durchzusetzen, hat zwar Papinian gemacht nach dem in D. 31, 65, 2 mitgeteilten Fragmente aus dem 16. Buche seiner *Quaestiones*: *Titio Stichus legatus post mortem Titii libertatem accepit, et legatum adita hereditate, et libertas post mortem Titii competit*. Wie aber aus dem oben zitierten Fragment von Paulus hervorgeht, der das zu seiner Zeit geltende Recht vorträgt (*placet*), ist es

Papinian nicht gelungen, gegen die früheren, besonders Julian und Gaius cfr. D. 30, 68, 3 mit seiner Ansicht durchzudringen. Erst Justinian hat hier reformierend eingegriffen durch eine Constitutio vom Jahre 529, C. 6, 37, 26 *Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus utpote irritis a legum conditoribus definitum est emendare propeximus etc.*

War nun ein Legat zuerst pure ausgesetzt und dann unter einer Bedingung wieder entzogen, so war es als resolutiv bedingtes nach klassischem Recht unwirksam¹⁾. Es würde aber auch dem Willen des Erblassers nicht entsprochen haben²⁾, dem Bedachten das Legat als unbedingtes zuzusprechen und die *ademptio sub condicione* zu streichen. Aus diesem Dilemma wählten die römischen Juristen den Ausweg, daß sie das bedingt wieder entzogene Legat so behandelten, als ob es unter der entgegengesetzten Bedingung vermacht wäre: Paulus L. 3 ad Sabinum D. 36, 2, 6 pr. *Quod pure datum est, si sub condicione adimatur, quasi sub condicione legatum habetur*³⁾.

War in einem Testamente derselbe Sklave legiert und bedingt freigelassen, so mußte nach strengem Recht durch den Erbschaftsantritt das Legat sofort erworben und dadurch die Freilassung unabhängig

¹⁾ Bei Vermächtnissen wird stets die letzte Verfügung als die gültige angesehen. V a n g e r o w, § 434 Anm. 2 zu 1.

²⁾ D. 35, 1, 19 pr. *In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit condiciones.* D. 35, 1, 101 pr. *cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.*

³⁾ cfr. auch D. 35, 1, 107; D. 34, 4, 10 pr. und 14.

davon, ob die ihr hinzugefügte Bedingung eintrat oder ausfiel, vereitelt werden. Andererseits wäre man in der Begünstigung der Freiheit zu weit gegangen, wenn man das Legat gestrichen hätte, da nicht mit Sicherheit vorauszusehen war, ob der Sklave die Freiheit erlangen würde; und da die Übertragung eines resolutiv bedingten Eigentums an dem Sklaven auf den Legatar unzulässig war, so verfuhr man dem vorerwähnten Prinzip entsprechend, indem man das Legat unter die *contraria condicio* stellte.

Gaius L. 18 ad edictum provinciale D. 30, 68, 2. Si pure legatus servus sub condicione liber esse iussus fuerit, sub contraria condicione valet legatum.

In diesen beiden Fällen ist die *condicio contraria* eine echte Bedingung. In dem dritten von K r e t s c h m a r zitierten Beispiel¹⁾ — der pater familias hat einen eigenen Sklaven von dem pupillus legiert und denselben dem Pupillus cum libertate substituiert — ist der Sklave allerdings unbedingt freigelassen, aber die Freilassung ist doch faktisch suspendiert, da sie nur eintritt, wenn der Pupillus vor Vollendung des 14. Lebensjahres stirbt — cfr. D. 28, 6, 18, 1 evanescit legatum existente condicione — also von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht ist und dementsprechend ist auch das Legat als unter die echte konträre Bedingung si pupillus ad pubertatem pervenerit gestellt zu denken²⁾.

¹⁾ K r e t s c h m a r S. 280.

²⁾ C. 6, 27, 5, 3 veteres hoc inducebant . . . statu liber intellegatur.

Während also in diesen quellenmäßigen Fällen der *condicio contraria* die der prävalierenden Alternative beigefügte eine echte Bedingung ist, stellt Kretschmar die von ihm als die prävalierende behandelte Alternative, daß der Prälegatar den in seiner Person ungültigen Teil des Prälegats als Erbe empfängt — *a se accipit* — unter die *condicio iuris: si heres erit*, denn er setzt hier als Bedingung das für die volle rechtliche Wirksamkeit des Prälegats wesentliche Tatbestandsmerkmal des Erbschaftsantritts durch den Prälegatar. Mit dem vollendeten Tatbestande tritt aber der Rechtserfolg sofort ein; die *condicio iuris* hat nicht die Wirkung der echten Bedingung den Eintritt der Rechtsfolgen über den Zeitpunkt des vollendeten Tatbestandes hinauszuschieben. Ob der Prälegatar die Erbschaft antritt oder ausschlägt, steht in seiner freien Wahl; entscheidet er sich aber für die eine Alternative, so schließt er dadurch den durch die andere herbeizuführenden Erfolg sofort aus. Schlägt er die Erbschaft aus, so erwirbt er sofort das ganze Legat *sub titulo singulari*; der Erwerb wird nicht hinausgeschoben über die Ausschlagung; die besondere durch die *contraria condicio* erzielte Wirkung, daß der Erfolg nicht eintritt, trotz des vollendeten Tatbestandes fehlt also hier.

Es ist auch nicht richtig, daß das Recht die Alternative, daß der Prälegatar den ihm ungültig vermachten Teil *iure hereditario* erwirbt, bevorzugt, weil er diesen Teil von sich selbst empfängt *quia a se accipit*. Von dem im Testament direkt freigelassenen Sklaven wird gesagt, daß er die Freiheit von sich selbst empfängt —

a semet ipso libertatem accipit¹⁾ und ebenso wird in ein paar Stellen der dem Erbteile des Prälegatars entsprechende Teil des Prälegats als derjenige Teil bezeichnet, welchen er von sich selbst empfängt.

D. 31, 34, 1 Modestin L. 10 respons. cum inutiliter a semet ipso quemque eorum quam habebat partem accipere voluit; quod a semet ipso accipere praecepit²⁾.

D. 36, 1, 19 (18), 3, Ulpian L. 15 ad Sabinum. ceterum quod a semet ipso ei relictum est in fideicommissum cadit.

Das a se accipere hat aber nur die negative Bedeutung, daß der Sklave oder der Prälegatar nicht von einem anderen empfängt. Der im Testament direkt freigelassene Sklave ist libertus orcinus. Sein Miterbe wird nicht sein Patron, denn er hat ihn nicht freigelassen; sein Freilasser kann es nicht werden, denn er war in dem Augenblick, wo der Sklave die Freiheit erhielt, bereits verstorben; sondern das Patronat über ihn steht der agnatischen Deszendenz des Erblassers zu. Hieraus erwachsen dem Freigelassenen gewisse Vorteile und deshalb wird die direkte Freilassung vor der indirekten bevorzugt³⁾.

Welchen Vorteil es aber dem Prälegatar bringen soll, daß er den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Prälegats nicht sub titulo singulari erwerben kann, wenn er die Erbschaft antritt, ist nicht einzusehen —

¹⁾ D. 28, 5, 6, 4; D. 29, 2, 58; D. 40, 7, 2, 3.

²⁾ In D. 31, 34, 1 ist das a se accipere nur die Übersetzung des in der griechischen Urkunde gebrauchten Ausdruckes παρ' εαυτῆς resp. παρ' εαυτοῦ λαβεῖν.

³⁾ cfr. K a r l o w a, Römische Rechtsgeschichte, 2, 150.

im Gegenteil würde es für ihn vorteilhafter sein, wenn er auch diesen Teil iure legati erwerben könnte — und in den Quellen findet sich keine Andeutung von einer Bevorzugung des a se accipere lediglich um seiner selbst willen bei dem Prälegat.

Aus dem römischen Begriffe der Universalsuccession folgt, daß auch die auf eine Quote beschränkte Erbinsetzung sich stets auf die ganze Erbschaft erstreckt. Von mehreren in einem Testamente ernannten Erben ist jeder auf das Ganze eingesetzt und berufen und jeder der mehreren Erben gilt als beschwert mit dem Vermächtnis, welches der Erblasser allgemein zu Lasten der Erbschaft angeordnet hat. Durch den Tod des Erblassers erwirbt der Prälegatar die Anwartschaft auf das ganze Prälegat gegen jeden der Miterben und folglich auch gegen sich selbst. Seine Anwartschaft ist also ganz gültig oder ganz ungültig, je nachdem man sie als gegen die Miterben oder als gegen ihn selber gerichtet auffaßt. Man kann sich wohl die Berufung jedes der Erben als durch die Konkurrenz der Miterben auf die ihm zukommende Quote ermäßigt denken, aber eine genaue Feststellung der Erbschaftsquoten mit der ihnen entsprechenden Belastung ist vor dem Erbschaftsantritt nicht möglich. K r e t s c h m a r behauptet das Gegenteil¹⁾. Nach ihm ist die Größe des dem Prälegatar primär von sich selber ungültig und sekundär von den Miterben gültig vermachten Teils für jeden gegebenen Moment, namentlich für den Moment

¹⁾ K r e t s c h m a r, S. 275.

des dies cedens ganz genau bestimmbar, und — fährt er S. 275, Anm. 137 fort — „daß dieser nichtige Teil sich nachgehends vergrößern kann, ist ebenso wenig etwas Besonderes, wie daß sich der einem der Miterben, welcher z. B. mit postumis zusammen eingesetzt ist, gültig gegebene und bez. deferierte Teil nachgehends vergrößern resp. sogar verkleinern kann.“ Aber daraus, daß sich der Erbteil des Miterben nachträglich vergrößern oder verkleinern kann, folgt doch, daß er zurzeit des Erbfalls noch nicht feststellbar ist. Wenn von den Miterben die übrigen ausfallen, so erwirbt einer die ganze Erbschaft, weil ihm die ganze deferiert war, denn erwerben kann er nur, was ihm deferiert ist und wie die Berufung des Miterben, so erstreckt sich auch die Anwartschaft des Prälegatars auf das ganze Legat. Ob er es ganz oder nur zum Teil erwerben wird, ist zur Zeit des Erbfalls noch in der Schwebe; die Belastungsquoten der Miterben und die Größe des eventuell ungültigen Teils sind am dies cedens noch nicht bestimmt. Dieser Teil hat für den Prälegatar nur die negative Bedeutung, daß er ihn nicht erwerben kann. Tritt der Prälegatar die Erbschaft an, so erwirbt er seine Erbschaftsquote und den seinen Miterben zur Last fallenden Teil des Prälegats; der übrige Teil des letzteren ist untergegangen in seiner Erbschaftsquote, er ist rechtlich in dieser als etwas besonderes nicht unterscheidbar. „Der dem Prälegatar primär von sich selber ungültig hinterlassene Teil“ hat keinen Rechtsbestand. Schlägt aber der Prälegatar die Erbschaft aus, so verschwindet die ihm zugedachte Erbschaftsquote ganz aus der Berechnung.

Die Miterben erwerben als ursprünglich auf das Ganze Berufene die ganze Erbschaft mit der auf dieser ruhenden Belastung; sie sind primär mit dem ganzen Legat beschwert, nicht primär mit dem ihnen unter allen Umständen auferlegten Teile und nur sekundär mit dem dem Prälegatar primär von sich selbst gegebenen Teile belastet. Die Theorie von der sekundären Belastung ist also nicht haltbar.

Kretschmar (S. 276) erkennt an, daß die Verfügung, wie er sie formuliert: „du Titius sollst diese einzelne Sache von allen Erben, also auch von dir selber noch außer deiner Erbquote als Vermächtnis bekommen“, als Vermächtnisverfügung nicht rechtsbeständig ist, „aber — fügt er hinzu — den tatsächlichen Willen des Testators angesehen, der sich um die ratio iuris nicht kümmert, ist das Legat immerhin gegeben.“ Allein auf den Willen des Erblassers kommt hier garnichts an. Der tatsächliche Wille des Verfügenden kommt nur insoweit in Betracht, als der rechtsgeschäftliche Tatbestand als ein von ihm gewollter gesetzt sein muß. Die Rechtsfolgen, welche die Rechtsordnung an diesen Tatbestand knüpft, sind von seinem Willen unabhängig. Ist die Erklärung klar und unzweideutig, wie hier vorausgesetzt wird, so gelten die Rechtsfolgen als von dem Erklärenden gewollt und auf die rechtliche Wirkung der letztwilligen Verfügung bei dem Erbschaftsantritt kommt es hier allein an. Hat der Prälegatar keine Kollegatare, so erhält er tatsächlich die ganze Sache, aber Gegenstand eines besonderen Erwerbsakts iure legati ist sie für ihn nur zu dem Teile, welchen er von

2*

seinen Miterben fordern kann. Zu dem übrigen Teile ist das Legat nichtig und für ein nichtiges Legat gibt es keinen Onerierten¹⁾.

Der Teil, zu welchem das Prälegat nichtig ist, wird erst durch den Erbschaftsantritt festgestellt. In einem früheren Zeitpunkte ist er nicht bestimmbar²⁾. Das Legat kann ganz gültig, oder ganz ungültig, oder teilweise gültig und teilweise ungültig werden und welche dieser verschiedenen Möglichkeiten verwirklicht werden wird, ist nicht vorauszusehen. Teilweise Anwartschaft, teilweise Delation ist unvereinbar mit dem Anwachsungsrecht. Wo, wie bei der *per damnationem* an mehrere *coniunctim* vermachten Sache der Erwerb und somit auch die Anwartschaft jedes der Kollegatäre auf seine *pars virilis* beschränkt ist, ist jeder von ihnen von vornherein nicht mit der ganzen Sache, wenn auch eventuell nur zum Teil, sondern nur mit einer für alle gleichen Quote bedacht. Spricht man von der Anwartschaft des Prälegatärs, sei es auf den gültigen oder den ungültigen Teil des Prälegats, so denkt man sich hierunter die dem faktisch, oder unter der Voraussetzung, daß alle Erben antreten, erworbenen oder nicht erworbenen Teile entsprechende Anwartschaft; also nicht für diesen Moment festgestellte, sondern nur als *ex post facto* bestimmt vorgestellte Teile.

¹⁾ D. 32, 25, 1: Paulus L. 1 ad Neratium. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

D. 32, 69 pr.: Marcellus L. singulari responsorum. Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.

²⁾ cfr. Arndts 47, 108.

§ 3.

Der Wille des Erblassers.

Das Präzeptions-Legat war ursprünglich nur gültig, wenn der Präzipient die Erbschaft antrat S. 22. Der abstinierende suus S. 24. Der Erblasser will, daß der Erbe die Erbschaft antritt. Die Auffassung, daß der Prälegatar, welcher die Erbschaft ausschlägt, das Legat erhält, wenn der Erblasser dies nicht ausgeschlossen hat, ist das Produkt juristischer Interpretation S. 26. D. 34, 9, 18, 2 S. 33

Das Prälegat ist nach allgemein angenommener Definition ein Vermächtnis, mit welchem die Erbschaft — oder sämtliche Erben — zugunsten eines oder mehrerer der eingesetzten Erben — oder aller — belastet ist. Eine und dieselbe Person muß also vor allem als Erbe und Legatar berufen sein. Dies genügt jedoch noch nicht, es muß noch hinzukommen, daß der Prälegatar die Erbschaft antritt; denn der Erbschaftsantritt gehört zum Tatbestande der letztwilligen Verfügung und die volle rechtliche Existenz des Vermächtnisses als Prälegat beginnt erst mit dem Erbschaftsantritt des Prälegatars. Andererseits genügt aber auch nicht, daß Bedachter und Beschwerter dieselbe Person ist; sondern dieses Zusammentreffen muß im Testament angeordnet sein. Im ersteren Falle tritt Konfusion ein, quia ipse tibi legatum debere non possis (Gaius 2, 245)¹⁾. Im Falle des Prälegats dagegen ist es ungenau, von einem Zusammentreffen von Anspruch und Schuld in derselben Person zu sprechen, denn durch den Erbschaftsantritt des Prälegatars gelangt sein Anspruch auf das Prälegat,

¹⁾ D. 36, 2, 17: in eiusdem persona et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret.

soweit er nicht gegen seine Miterben gerichtet ist, garnicht zur Entstehung, er ist nichtig.

Es gab nun eine Zeit, in welcher das Prälegat nur als solches gültig war, in welcher der Prälegatar das Legat nur erwerben konnte, wenn er die Erbschaft antrat, und dann natürlich nur zu dem Teile, welchen er von seinen Miterben fordern konnte. Schlug er die Erbschaft aus, so verlor er auch das ganze Legat. Wir wissen aus Gaius 2, 217, daß nach der Ansicht der Sabinianer ein Legatum per praeceptionem nur zugunsten eines eingesetzten Erben angeordnet und daß es nur mit der *actio familiae herciscundae* geltend gemacht werden konnte¹⁾. Die *actio familiae herciscundae* hatte aber nur ein Miterbe²⁾ und der Prälegatar, welcher die Erbschaft ausschlug, also nicht Erbe wurde, hatte keine *actio*, um das Legat geltend zu machen. Daraus folgt aber, daß er auch den Anspruch auf das Legat verloren hatte. Daß die Sabinianer hier eine ältere³⁾ Meinung vertreten, wird allgemein angenommen aus folgenden Gründen. Die gewiß schon seit längerer Zeit empfundenen Unzuträglichkeiten, welche durch die Formenstrenge der Legate verursacht wurden, führten im Jahre 62 zu dem Erlasse des *Senatus consultum Neronianum*, welches bestimmte, daß jedes in anderer Form errichtete Legat, welches streng formell als solches

¹⁾ G. 2, 219.

²⁾ D. 10, 2, 1 pr.: Gaius Lib 7 ad ed. prov. namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui qua inter eos res hereditariae distribuerentur. cfr. auch D. 10, 2, 2, 1.

³⁾ Karlowa 2, 920; Kretschmar S. 85 ff.

ungültig sein würde, trotzdem gültig sein sollte, wenn es den Voraussetzungen des Damnations-Legats genüge. Dieses Senatus Consultum ließ die Formen mit ihren besonderen Wirkungen bestehen; es behandelte aber die Form als gleichgültig, indem es die Voraussetzungen des Damnations-Legats als für die Gültigkeit des in anderer Form errichteten Legats genügend aufstellte. Dieses Streben nach der Befreiung von dem Formenzwang kommt auch in der Ansicht der Proculianer zum Ausdruck, nach welcher die Silbe *prae* vor *capito* gleichgültig, das Präzeptions-Legat nur eine Abart des Vindikations-Legats ist und auch einem Nichterben per *praeceptionem* legiert werden kann. Man wird also nicht fehl gehen, wenn man die Entstehung dieser Ansicht in die Zeit der Ausgleichsbestrebungen verlegt. Die Sabinianer dagegen halten fest an der Form, sie vertreten also eine ältere Auffassung, welche aber schon unter Hadrian ihren Einfluß eingebüßt hat.

Daß aber das Präzeptions-Legat die älteste Form war, in welcher das Prälegat auftrat, ist mehr als wahrscheinlich, wenn man erwägt, daß es nach der älteren Meinung nur zur Anordnung eines Prälegats dienen sollte und daß für den Inhalt diese Form am besten paßt. Formeln und Formulare aber werden neuschaffen oder abgeändert, wenn der Verkehr es erfordert, und so ist wohl anzunehmen, daß der Pontifex oder der Respondent die Silbe *prae* vor *capito* in die Legatformel einsetzte, als er zuerst um seinen Rat angegangen wurde, wie ein Legat an einen Erben gültig angeordnet werden könnte.

Ob auch das Prälegat per vindicationem oder per damnationem zu Anfang nur gültig war, wenn der Prälegatar die Erbschaft antrat, wissen wir nicht. Berichtet ist uns nur von einem Streite der Juristen darüber, ob der abstinierende suus praelegatarius das Legat erwirbt oder nicht. Julian in dem 36. Buche seiner Digesten D. 30, 89 stützt seine Entscheidung zugunsten des suus darauf, daß dieser durch das beneficium abstinendi dem emancipatus rechtlich gleichgestellt ist und daß ihm das Legat belassen werden muß, wenn er abstiniert, da auch der ausschlagende emancipatus das ganze Legat erwirbt¹⁾. Papinian in dem 18. Buche seiner quaestiones D. 30, 87 mißbilligt die durissima sententia derjenigen, welche dem suus, dem das beneficium abstinendi erteilt worden ist, das ganze Legat absprechen. Die Frage schwebt also noch zurzeit Papinians. Der Einfluß dieses großen Juristen scheint aber der schon von Julian verteidigten Ansicht endlich zum Siege verholfen zu haben; denn Ulpian stellt in dieser Beziehung den suus dem extraneus gleich D. 30, 17, 2 sed et si abstinuerit se hereditate consequi eum hoc legatum posse constat.

Die Gründe Papinians für seine Entscheidung zugunsten des suus sind, daß derjenige nicht gegen den Willen des Erblassers handelt, welcher nicht in die Erbschaftsregulierung verwickelt werden will.

¹⁾ D. 30, 18 ist nicht auf den suus zu beziehen. Diese Stelle ist nicht aus dem 36. Buche von Julian's Digesten De legatis quae servis vel filiis familias relinquuntur, sondern aus dem 31. Buche si quis omissa causa testamenti. cfr. L e n e l, Palingenesie 1, 398, Nr. 451.

D. 30, 87 *non enim impugnatur iudicium ab eo qui noluit negotiis hereditariis implicari.*

Der *suus* muß also dadurch, daß er abstiniert, nicht gegen den Willen des Erblassers handeln und er muß einen Grund haben für die Ablehnung der Erbschaft; ein an und für sich für die Ablehnung der Erbschaft ausreichender Grund, erhält aber dem abstinierenden *suus* das Legat nicht, wenn der Erblasser es ihm nur in dem Falle zuwenden wollte, daß er Erbe bliebe.

D. 30, 88 *Marcian Lib. 6 institutionum* unter Berufung auf *Aristo*: *Sed si non alias voluit pater habere eum legatum nisi hereditatem retineat tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat cum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas.*

Ob also der abstinierende *suus* das Legat erhält, dafür ist maßgebend in erster Linie der Wille des Erblassers, in zweiter die *iusta causa abstinenti*. Die Begründung *Papinian's* ist so allgemein gehalten, daß es viel näher liegt anzunehmen, sie sei von dem *extraneus* auf den *suus* übertragen, als daß sie für diesen besonders aufgestellt ist. Daß die erstere Annahme die richtige ist, beweisen die Stellen, welche dieselben Gründe mit bezug auf den *extraneus* anführen. Diese Stellen geben uns ein klares Bild von der Bedeutung des erblasserischen Willens für das Prälegat und von dem Verhältnis der *iusta causa omissionis* zu der *voluntas defuncti*.

Der Erblasser, indem er sich einen Erben ernennt, will sich dadurch versichern, daß seine letztwilligen Anordnungen ausgeführt werden. Sein Erbe soll nach seinem Willen handeln, also vor allem die Erbschaft antreten. Weigert sich der berufene Erbe dies zu tun, so handelt er gegen den Willen des Erblassers und verliert alles, was ihm durch das Testament zugewendet ist. Er verliert das Legat, wenn es per praeceptionem angeordnet ist, oder wenn infolge seiner Ausschlagung das Testament destituiert wird¹⁾. Der abstinierende suus verliert das Legat.

Diese unbegrenzte Testierfreiheit artet aber zur Schrankenlosigkeit aus und führt dadurch ihren eigenen Untergang herbei. Zur Verwirklichung seines letzten Willens bedarf der Erblasser der Mitwirkung des Erben und dieser versagt sie; er tritt die Erbschaft nicht an, das Testament wird destituiert. Die Gesetzgebung muß dem Erblasser zur Hilfe kommen und ihm seine Freiheit bewahren, indem sie ihr Schranken setzt²⁾. Diese Beschränkung der Willensfreiheit des Erblassers macht sich auch bei dem Prälegat bemerkbar. Wir finden die ausdrückliche Erklärung, daß der Erbe das Legat nur haben soll, wenn er die Erbschaft antritt.

D. 33, 7, 20 pr. Scaevola Lib. 3 resp. Seiae ex parte heredi iustitutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat.

D. 32, 92 pr. Paulus Lib. 13 resp. Si mihi Maevia

¹⁾ D. 29, 4, 7 und 10, 1.

²⁾ Gaius 2, 224—228.

et Negidia filiae meae heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito praecipito sibi que habeto.

Allerdings ist diese Erklärung nicht an die Form der Bedingung gebunden. Ein klarer Willensausdruck wird auch darin erblickt, wenn der Erblasser in seinem Testament die *divisio bonorum inter liberos* vorgenommen hat,

D. 30, 90, 1 Papinian Lib. 18 quaest. Plane si pluribus filiis institutis inter eos verbis legatorum bona diviserit, voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei qui non agnoverit hereditatem¹⁾.

und ebenso darin, daß die Mutter ihre Tochter erster Ehe, die sie außerdem noch mit Legaten bedacht hatte, auf ihre volle Intestatportion einsetzt, unter der Bedingung, daß sie auf die *actio tutelae* gegen ihren mütterlichen Großvater, der ihr Vormund gewesen war, verzichtet. Die Tochter hat die Erbschaft ausgeschlagen, weil sie die Klage gegen den Vormund nicht aufgeben will und nun werden ihr auch die Legate abgesprochen, lediglich weil sie gegen den Willen der Testatrix handelt, indem sie deren in der Bedingung ausgedrückten Wunsch, die Klage nicht anzustellen, nicht erfüllt und nicht etwa, weil die der Erbeneinsetzung hinzugefügte Bedingung, bei den Prälegaten als stillschweigend wiederholt angenommen wird (D. 44, 4, 17, 3, Scaevola L. 17 Dig.).

Auch die schon zitierte Stelle aus Marcian's Institu-

¹⁾ cfr. D. 29, 1, 17 pr. Gaius Lib. 15 ad ed prov.; K r e t s c h m a r S. 128; D. 10, 2, 33; D. 28, 5, 35 pr. § 1.

tionen D. 30, 88 läßt es dem Testator frei, seinen Willen auf andere Weise als durch die Bedingung *si heres erit* zu erklären¹⁾.

Sein Wille muß aber erkennbar sein. Das beweisen die Fälle, in welchen die Vermächtnisanordnung die Worte *hoc amplius* enthält und die als zweifelhaft bezeichnet werden.

D. 30, 90 Papinian Lib. 18 quaest. Quid ergo .si ita legaverit: „*hoc amplius filio meo*“, non dubie voluntatis quidem quaestio erit.

D. 32, 41, 3 Scaevola Lib. 22 Dig. Titi fili *hoc amplius de medio sumito*.

D. 31, 88, 3 Scaevola Lib. 3 resp. *hoc amplius Lucius Eutychus quam quod eum heredem institui e media hereditate sumito sibi que habeto*.

D. 35, 1, 77 Papinian Lib. 7 resp. *hoc amplius nepoti meo quam quod eum heredem iustitui lego praedia illa*.

Eine erkennbare Erklärung fehlt auch in folgenden Fällen, in welchen der Bedachte vorher zum Erben eingesetzt ist.

D. 33, 7, 27, 3, Scaevola Lib. 6 Dig. Pamphile liberte praecipito tibi que habeto fundum meum Titianum.

D. 33, 8, 26 Scaevola Lib. 3 resp. Titi fili e medio praecipito sumito tibi que habeto.

Papinian zitiert von Gordian in C. 6, 37, 12: praecipito sumito extra partem hereditatis.

¹⁾ cfr. S. 25.

Ist in diesen Fällen der Wille des Erblassers nicht aus dem übrigen Inhalte des Testaments festzustellen, so wird angenommen, daß der Prälegatar das Legat auch haben soll, wenn er ausschlägt, vorausgesetzt, daß er eine *iusta causa omissionis* hat: *non dubie voluntatis quidem quaestio erit, sed non est absimilis prioris casus circa providentiam filii* (D. 30, 90 cfr. ante).

Als *iustae causae omissionis* werden uns genannt: D. 30, 88 *cum ipsi filio non videretur solvendo hereditas*.

D. 30, 87 *qui noluit negotiis hereditariis implicari*.

D. 44, 4, 4, 11 *ne molestiis hereditariis implicaretur*.

cfr. auch D. 29, 4, 22, 2 *quia nihil prohibet Maevium iustam causam habuisse propter quam nollet negotiis hereditariis implicari*. (Diese Stelle handelt nicht von einem Prälegat.)

Wenn aber der Erbe um seines Vorteils willen die Erbschaft ausschlägt, dann steht seiner Klage auf das Legat nach Julian und Ulpian die *doli exceptio* entgegen.

D. 44, 4, 4, 11 Ulpian Lib. 76 ad edict. *quod si a substituto pretium accepit vel quod pretii loco haberi posset, ne adeat hereditatem petens legatum dolo, inquit, (Julianus) facere intellegetur ac per hoc doli exceptione repelletur*. — Vergl. auch die früher zitierte D. 44, 4, 17, 3¹⁾.

In einer Reihe von Stellen, in welchen dem ausschlagenden Erben das Legat zugesprochen wird, ist

¹⁾ S. S. 27.

die Entscheidung nicht begründet durch die *iusta causa*, so in D. 30, 89 Julian D. 36 nam nec emancipatus hereditate omitta legatum ab herede petere prohibetur und D. 30, 91, 2 gleichfalls aus Julian L. 36 Dig. quod si hereditatem non adisset solidum ab altero herede consequi possit.

D. 32, 32 Scaevola 14 Dig. Marcius partem hereditatis ex qua scriptus erat omisit.

Papinian zitiert in C. 6, 37, 12 cum hereditati matris filia renunciasset.

Hieraus zu schließen, daß auf die *iusta causa* nichts ankam, würde falsch sein; sie wird nicht besonders hervorgehoben, weil der Erbe vernünftigerweise die Erbschaft nur ausschlagen wird, wenn ihre Annahme ihm einen Verlust oder große Schwierigkeiten in Aussicht stellt, ihr Vorhandensein also anzunehmen ist wenn Gründe, an seiner Redlichkeit zu zweifeln, nicht vorhanden sind.

Die Wirkung der Ausschlagung ist also bei dem Präzeptions-Legat und dem suus nach der älteren Ansicht, daß der Prälegatar auch das Legat verliert. Er soll vor allem nach dem Willen des Erblassers handeln, also Erbe werden; er soll das Legat nur haben, wenn er die Erbschaft antritt.

Die spätere Rechtsprechung beschränkt den Willen des Erblassers, indem sie von ihm die Erklärung verlangt, daß der Prälegatar das Legat nur mit seinem Erbteil haben soll und in Ermangelung einer solchen Erklärung dem ausschlagenden oder abstinierenden Erben das Legat zuspricht, ja sie hebt den Willen des

Erblassers geradezu auf. Denn durch die Zulassung der *omissio ex iusta causa* wird es dem freien Ermessen des Erben anheimgegeben, ob er Erbe werden und das *Legat pro partibus coheredum* oder ob er das ganze *Legat* erwerben will. Der Wille des Erben entscheidet darüber, wieweit die Anordnungen des Erblassers gelten sollen. Ein fremder Wille drängt sich ein in die Willenssphäre des Erblassers und hebt dadurch des letzteren Willen auf. Papinian sucht zwar beide Prinzipien miteinander in Einklang zu bringen in D. 30, 87, indem er sagt: *non enim impugnatur iudicium ab eo qui noluit negotiis hereditariis implicari*, allein das eine Prinzip schließt das andere aus. Annehmen mit Papinian, daß der Erblasser vernünftigerweise die Ausschlagung aus einem anerkannten Grunde gutgeheißen haben würde, ist nicht zulässig, denn auf dem Gebiete des Erbrechts kommt es lediglich auf den Willen des Erblassers und nicht darauf an, daß sein Wille durch vernünftige Erwägungen bestimmt ist. Der Wille des Erblassers wird zwar immer noch anerkannt als der ausschließlich maßgebende, wenn er erklärt ist; ist er aber nicht erkennbar, dann kommt es darauf an, ob der Erbe die Erbschaft antritt oder ausschlägt.

Regelmäßig wird nun der Erbe die Erbschaft nur ausschlagen wegen Überlastung mit Schulden oder Vermächtnissen, oder weil er sich der Mühe, der Nachlaßverwaltung und der Auseinandersetzung wegen eines geringen Vermögensvorteils nicht unterziehen will. Seine Erwägungen sind rein vermögensrechtlicher Natur. Die Rechtsprechung, indem sie diese Beweggründe als

iustae causae anerkennt, sieht in der Erbeneinsetzung nur die Vermögenszuwendung und so schließt sie dann weiter: der Erblasser, der dem Erben einen Vermögensvorteil zuwenden wollte, kann nicht gewollt haben, daß dieser durch die Annahme der Erbschaft benachteiligt werden sollte, darum kann der Erbe die Erbschaft, die ihm einen Verlust bringt, ablehnen, trotzdem aber das ihm vorteilhafte Legat beanspruchen. Hierbei gerät aber der alte Erbbegriff ins Wanken.

Das Prälegat entsteht also als reines Prälegat. Der Prälegatar erwirbt es nur, wenn er Erbe wird. Später dringt die Auffassung durch, daß das Prälegat auch als gewöhnliches Legat gültig werden kann, vorausgesetzt, daß der Erblasser dies nicht ausgeschlossen hat und daß der Ausschlagung der Erbschaft nicht eine unredliche Absicht zugrunde liegt.

Damit das in dem Prälegat enthaltene gewöhnliche Legat als solches zur Wirksamkeit gelangen kann, muß es von der Erbeneinsetzung loslösbar, also seinem Inhalte nach eine selbständige, von der Erbeneinsetzung unabhängige Verfügung sein.

Diese Selbständigkeit der Vermächtnisanordnung geht verloren durch den Erbschaftsantritt des Prälegatars, das Legat wird nur zu dem Teile erworben, welchen die Miterben beitragen müssen. Wird aber dem Prälegatar die Erbschaft vom Fiskus wieder entrissen, weil er das Gesetz umgangen hat, so wird ihm doch das ganze legierte Grundstück zugesprochen und zwar, weil er es nach dem Willen des Erblassers haben sollte. Der Fall ist folgender:

Ein Teilerbe hat sich heimlich dem Erblasser gegenüber verpflichtet, seinen Erbteil an einen incapax zu restituieren. Er handelt in fraudem legis¹⁾ und seinen Erbteil zieht der Fiskus²⁾ ein. Nach Papinian soll er aber das ganze ihm vermachte Grundstück behalten.

D. 34, 9, 18, 2 Papinian lib. 15 respons. Pro parte heres iustitutus praedii legatum acceperat et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem istam pro herede possideret tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi: neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.

Der Prälegatar hat die Erbschaft angetreten; dadurch ist der seinem Erbteile entsprechende Teil des Legats in diesem aufgegangen, quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem istam pro herede possideret und iure legati kann der Prälegatar diese Quote nicht erwerben. Wäre das Fideikommiß gültig gewesen, so hätte der Erbe diese

¹⁾ D. 34, 9, 10 pr.; Gaius lib. 15 ad Legem Juliam et Papiam In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id quod relinquitur vel aliud tacite promittit restitutum se personae quae legibus ex testamento capere prohibetur sive chirographum eo nomine dederit sive nuda pollicitatione repromiserit.

²⁾ D. 22, 1, 17, 2; Paulus lib. sing. de usuris. In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum et fisco praestandum divus Pius rescripsit. Vergl. zu dem Ganzen v. d. Phordten S. 47; Buchholtz S. 177 und 454; Vangerow C. A. 35, 287 ff.; Arndts 47, 89⁶² und 111; Kretschmar S. 216.

in dem Erbteil enthaltene Quote an den Fideikommissar herausgeben müssen¹⁾; nach dem strengen Rechtsprinzip müßte sie folglich auch dem Fiskus zufallen. Papinian entscheidet aber, daß die *ratio iuris* dem Willen des Erblassers, dem Erben das ganze Grundstück zuzuwenden, weichen muß. Der Wille des Erblassers kommt also allein in Betracht. Der Erbe handelt nur als Träger des erblasserischen Willens; dadurch, daß er diesen auszuführen unternommen hat, verstößt er gegen das Gesetz.

Der Hauptzweck, welchen der Erblasser mit seinen Verfügungen verfolgt, ist der, dem Fideikommissar den Erbteil zuzuwenden; dafür, daß er hierbei die Rolle des Vermittlers übernimmt, soll der Erbe das Legat haben. Der Hauptzweck, die Übergabe des Erbteils an den Fideikommissar, ist durch das Dazwischentreten des Fiskus unmöglich geworden, und nun kann der Wille des Erblassers, dem Erben das ganze Grundstück zuzuwenden, der gleichzeitig mit dem Fideikommiß rechtlich nur einer teilweisen Realisierung fähig gewesen wäre, noch dessen Vereitelung vollständig verwirklicht werden. Denn ungesetzlich ist nur die Anordnung des Fideikommisses, nicht die Vermächtnisverfügung²⁾. Nach dem Willen des Erblassers sollte aber der Erbe nur den Erbteil ohne die Quote des Grundstücks restituieren, und nur soweit sein Wille reicht,

¹⁾ D. 36, 1, 19 (18) § 3.

²⁾ D. 49, 14, 3, 4. *Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent omnia quae in testamento utiliter data sunt valent.*

ist in *fraudem legis* gehandelt. Hierin ist aber die Begrenzung des Herausgabeanspruchs des Fiskus gegeben.

D. 34, 9, 15. Papinian lib. 6 respons. *Heredi qui falsos codicillos esse dixit neque obtinuit hereditas non aufertur si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit eius actio denegabitur.*

Wie hier eine Verfehlung gegen den letzten Willen des Erblassers nur in Betreff der Kodizille angenommen wird, der die Kodizille fälschlich anfechtende Erbe also alles ihm im Testament ausgesetzte, vor allem seinen Erbteil behält, so muß auch in unserem Falle die Vermächtnisverfügung, welche nicht gegen das Gesetz verstößt, ihrem tatsächlichen Inhalte nach ganz aufrecht erhalten werden und der fiduziarische Erbe das ganze Grundstück behalten. Er behält es zwar nicht ganz als Legat, sondern teilweise *iure legati* und teilweise *iure hereditario*, aber damit ist dem Willen des Erblassers genügt, daß er es behält.

Hier triumphiert also der Wille des Erblassers über das Gesetz. Das Gesetz verstößt gegen den Willen des Erblassers und muß diesem weichen. Der Erbe, der dem Willen des Erblassers gehorcht hat, erhält alles, was dieser ihm zuwenden wollte, also das ganze Grundstück.¹⁾

¹⁾ Von der Quart ist in dieser Stelle nicht die Rede, aber sie abzuziehen würde dem *indignus* nicht gestattet sein, denn er erhält sie nicht *ex iudicio defuncti*, sondern *ex Pegasiano*; s. D. 35, 2, 59, 1 und D. 35, 2, 86 *quoniam contra sententiam matris familias lex falcidia induceretur.*

§ 4.

Die schwebende Ungültigkeit.

D. 31, 75, 1 S. 38. Der dies cedens legati des ganzen Prälegats ist der Erbfall S. 42.

Das Prälegat kann ganz oder nur zum Teil gültig werden. Diese alternative Wirkung kann jedes Rechtsgeschäft hervorbringen; sein Erfolg kann nachträglich durch neu hinzukommende Tatumstände teilweise — sogar ganz vereitelt werden. Der Berechtigte kann sich mit teilweiser Erfüllung begnügen oder zufrieden geben müssen, weil er die teilweise Nichterfüllung selbst verschuldet hat. Alles dieses kommt hier nicht in Betracht. Die teilweise Ungültigkeit des Prälegats wird nicht bewirkt unabhängig von dem Willen des Prälegatars, sie wird aber auch nicht mit seinem Willen herbeigeführt; denn sein Wille ist gar nicht auf das Legat gerichtet, sondern auf den Erbteil. Er erklärt, die Erbschaft antreten zu wollen, und dadurch wird das Legat teilweise ungültig. Auch die Ausschlagung der Erbschaft enthält nicht die Erklärung, das ganze Legat erwerben zu wollen, sie hat aber trotzdem diese Wirkung.

Damit der eine oder der andere Erfolg eintreten kann, müssen beide Erfolge als alternativ möglich im Errichtungstatbestande gesetzt sein. Der Erblasser, welcher den Titius zum Erben einsetzt und mit einem Legat bedenkt, setzt den Tatbestand des Prälegats. Kann aber die Legatanordnung nach dem wirklichen oder fingierten Willen des Erblassers durch die Ausschlagung der Erbschaft von ihrem Zusammenhange mit

der Erbeneinsetzung gelöst werden, so erzeugt sie ein gewöhnliches Legat.

Der Prälegatar ist also zugleich berufener Erbe und Legatar. Am dies cedens wird ihm die Erbschaft deferiert und das ganze Legat. Er kann nun den infolge der Konkurrenz der Miterben ihm zufallenden Erbteil und den den Erbteilen der Miterben entsprechenden Teil des Prälegats erwerben, oder er kann die Erbschaft ausschlagen und das ganze Legat erwerben. Beim Tode des Erblassers ist es ungewiß, ob er das Legat ganz oder zu welchem Teile er es erwirbt. Seine Anwartschaft ist nicht fest begründet. Die Ungewißheit erzeugt einen Schwebezustand in Betreff seiner Anwartschaft.

Die Anwartschaft des Prälegatars auf das Prälegat ist (zu dem Teile, welcher seinem Erbteile entsprechen würde, wenn er die Erbschaft anträte) schwebend ungültig.

Der Schwebezustand wird beendet durch die Beseitigung der Ungewißheit. Die Ungewißheit aber wird beseitigt dadurch, daß der Prälegatar die Erbschaft antritt oder ausschlägt. Schlägt er aus, so erwirbt er das ganze Legat als legatarius extraneus. Tritt er dagegen an, so ist das Prälegat zu dem seinem Erbteile entsprechenden Teile ungültig. Der Grund dieser teilweisen Ungültigkeit des Prälegats liegt in dem römischen Begriffe der Universalsuccession als *successio in universum ius quod defunctus habuerit*. Der Erbe repräsentiert den Verstorbenen, er tritt an Stelle des Erblassers in alle seine Rechte und Verbindlichkeiten,

soweit sie vererblich sind, ein durch den Erbschaftsantritt und da er schon die ganze hereditas erworben hat, so ist die Verfügung des Erblassers, daß er einen einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenstand durch besonderen Erwerbsakt erwerben soll, unwirksam. Der Teilerbe erwirbt durch den Erbschaftsantritt eine Quote des gesamten Nachlasses; er kann wohl die Quoten des legierten Gegenstandes, welche seinen Miterben zugefallen sind, erwerben; aber für die in seinem Erbteile steckende Quote wird das Legat durch den Erbschaftsantritt nichtig¹⁾).

Ich komme nun zu der D. 31, 75, 1. Die Stelle ist aus Papinians liber 6 responsorum; sie lautet:

Pro parte heres institutus cui praeceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones quæ pro parte coheredum constiterunt ad heredes eius transmitti.

Der Teilerbe, welcher mit Präzeptions-Legaten bedacht ist, stirbt nach dem dies cedens legati aber bevor er die Erbschaft angetreten hat; sein Erbteil fällt den ihm substituierten Miterben zu, auf seine Erben aber transmittiert der Prälegatar die Anwartschaft auf die den Erbteilen der Miterben zur Last

¹⁾ D. 50, 16, 24; Gaius L. 6 ad ed prov. Nihil aliud est hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit. cfr. Mitteis, Röm. Privatrecht § 6; Karlowa 2, 842; Lassalle Bd. 2.

fallenden Teile der Prälegate, welche er schon gültig erworben hatte¹⁾.

Die Entscheidung Papinian's bietet nicht geringe Schwierigkeiten. Bei einem Legat an einen extraneus ist nach D. 36, 2, 7, 3, 5²⁾ der Tod des Erblassers der dies legati cedens, auch wenn die Erbschaft dem Substituten deferiert wird. Beim Tode des Erblassers erwirbt der Legatar eine vererbliche Anwartschaft auf das Legat. Stirbt er vor Antritt der Erbschaft, so transmittiert er diese Anwartschaft auf seinen Erben und der Erbe erwirbt das Legat, wenn der Substitut die Erbschaft antritt. Also, sollte man annehmen, daß auch der Prälegatar, welcher post diem legati cedentem verstorben ist, ohne die Erbschaft angetreten zu haben, die Anwartschaft auf alles, was er selber erhalten haben würde, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hätte, auf seinen Erben transmittiert. Papinian entscheidet aber,

1) Auf die früheren Konstruktionsversuche kann ich hier nur verweisen: Vangerow § 523 IV; Buchholtz S. 172, 184, 194, 310; Arndts 47, 90 ff, besonders S. 124 ff; Windscheid § 627⁶⁾; Kretschmar S. 78 ff und S. 270 ff.; v. d. Phordten § 15. Letzterer zitiert Pfeiffer: confitetur, se omnem spem abjecisse de apta. L. 75 cit. interpretatione. Idem fateor et ipse. Ältere Literatur zitieren v. d. Phordten S. 54; Buchholtz S. 311 ff; Arndts 47, 116 ff.

2) Ulpian lib. 20 ad Sabinum § 3. Inde dicimus et si a substituto sit relictum legatum, quamdiu institutus deliberat defuncto legatario non nocebit, si postea heres institutus repudiavit, nam ad heredem suum transtulit petitionem.

§ 5. Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Seio centum dare, an vivo pupillo defunctus Seius ad heredem transferat, quasi ea condicio sit expressa, quae inerat et magis est ad heredem legatarii transire.

daß der Erbe den Teil des Legats, welchen die Miterben als Substituten beitragen müßten, nicht erwirbt.

Die verschiedene Behandlung des Erben des Prälegatars von dem des gewöhnlichen Legatars ist begründet in der eigenartigen Natur des Prälegats¹⁾, in der Doppelstellung des Prälegatars als berufener Erbe und Legatar.

Ob der Prälegatar das Legat ganz oder nur zum Teil erwirbt, ist zur Zeit des Erbfalls in der Schwebe. Er trifft die Entscheidung dadurch, daß er die Erbschaft antritt oder ausschlägt, also durch eine Handlung, welche unmittelbare rechtliche Wirkung hat auf seine Berufung als Erbe und nicht als Legatar. Auch der Legatarius extraneus erwirbt das Legat nicht durch eine unmittelbar diesen Erwerb herbeiführende Tatsache, sondern mittelbar dadurch, daß der Erbe die Erbschaft antritt. Dieselbe Tatsache als Handlung des Prälegatars hat aber bei dem Prälegat die geradezu entgegengesetzte Wirkung als bei dem gewöhnlichen Legat. Wird der Schwebezustand dadurch beendet, daß der Prälegatar die Erbschaft antritt, so ist seine Anwartschaft auf das Legat zu dem Teile, mit welchem sein Erbteil als beschwert erscheint, ungültig und er erwirbt das Legat zu diesem Teile nicht. Schlägt er dagegen die Erbschaft aus, so erwirbt er auch diesen Teil des Legats.

¹⁾ Buchholz S. 407 nennt das Prälegat ein zwitterhaftes Institut.

Wie der Erwerb des gewöhnlichen Legats durch den Antritt des Erben, so vollzieht sich auch der Erwerb des Prälegats durch den Erbschaftsantritt der Miterben. Der Prälegatar aber entscheidet darüber, in welchem Umfange das Legat durch den Antritt der Miterben gültig werden soll, was der gewöhnliche Legatar nicht kann. Dadurch, daß der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt, wird bewirkt, daß die antretenden Miterben die ganze Erbschaft erwerben und mit dem ganzen Legat belastet sind, das ganze Legat also gültig wird. Durch seinen Erbschaftsantritt vernichtet der Prälegatar teilweise das Legat und er beschränkt dadurch seinen Erwerb auf den den Erbportionen der Miterben entsprechenden Teil des Legats.

Die Mitwirkung des Prälegatars ist also nicht rechtsbegründend, aber sie hat doch eine entscheidende Bedeutung für das Prälegat.

Diese eigenartige Wirkung der Handlung des Prälegatars tritt ein, weil er zugleich berufener Erbe und Legatar ist. Nur weil und so lange beides in einer Person vereinigt ist, kann sie herbeigeführt werden und nur so lange dauert der Schwebezustand.

Da in der D. 31, 75, 1 der Erbteil des verstorbenen Prälegatars den Substituten anfällt, ein Transmissionsfall in Betreff des Erbteils also nicht vorliegt, so endigt der Schwebezustand mit dem Tode des Prälegatars. Die Anwartschaft auf den Teil des Prälegats, welchen die coheredes als substituti zu tragen haben würden, war bei dem Tode des Prälegatars noch nicht fest begründet; sie ist ungültig und wird nicht auf seinen

Erben transmittiert. Die Erben können diesen Teil nicht erwerben¹⁾).

Diese Entscheidung gilt jedoch dem ihr zu Grunde gelegten Tatbestande gemäß nur für den Fall der Substitution und nicht, wie vielfach angenommen zu werden scheint²⁾, allgemein, wenn der Prälegatar vor Antritt der Erbschaft stirbt. Wäre in dem Testamente keine Substitution angeordnet und fiel der Erbteil des Prälegatars durch Anwachsung an seine Miterben, so müßte die Entscheidung anders ausfallen.

Denn die Anwartschaft auf das ganze Prälegat, insofern er es von seinen Miterben zu bekommen hat, hatte der Prälegatar schon bei dem Tode des Erblassers erworben und diese transmittiert er auf seinen Erben. Der Erbe erwirbt also durch den Erbschaftsantritt der Miterben des Verstorbenen das Legat nicht nur insoweit es den diesen ursprünglich ausgesetzten, sondern soweit es den ganzen, ihnen auf Grund ihrer ursprünglichen Berufung zufallenden, also auch den anwachsenden Erbteilen zur Last fällt. Da die Miterben infolge des Ausfalls des Prälegatars die ganze Erbschaft erwerben, so erwirbt der Erbe des Prälegatars durch ihren Erbschaftsantritt das ganze Legat.

Der dies cedens legati fällt zusammen mit dem Tode des Erblassers, wenn es sicher ist, daß der Bedachte

¹⁾ Wegen des Grundes, warum in der Stelle besonders hervorgehoben ist, daß die Substituierten die Miterben sind, cfr. Kretschmar S. 91 ff.

²⁾ Vangerow § 523 II, 2; Puchta, Vorles. § 526 Bd. 2, 467; Windscheid § 627⁶; Buchholtz S. 310; Arndts 47, 90.

das Legat erwerben wird, vorausgesetzt, daß die Erben die Erbschaft antreten, eine andere Ungewißheit, ob das Legat gültig werden wird, also nicht besteht.

Durch den Erbschaftsantritt seiner Miterben erwirbt der Prälegatar das Legat, wenn er die Erbschaft ausschlägt, — ganz, wenn er sie antritt, zu dem Teile, welcher aus den Erbportionen der Miterben zu leisten ist. Der dies cedens praelegati ist also der Erbfall¹⁾,

Die Vertreter der Nichtigkeitstheorie wollen den dies cedens für den von Anfang an ungültig vermachten Teil des Prälegats hinter die Ausschlagung hinauschieben (vergl. Buchholz S. 197, Kretschmar S. 284). Für den von Anfang an gültig vermachten Teil verlegen auch sie den dies cedens auf den Erbfall. Es geht aber nicht an, das Prälegat in zwei Teile zu teilen und für jeden Teil den dies an einem besonderen Zeitpunkt zedieren zu lassen²⁾.

Die Vertreter dieser Ansicht lassen außer Acht, daß das Legat erworben wird dadurch, daß die Miterben die mit dem Legat beschwerte Erbschaft antreten und daß der Erwerb des Miterben sich gründet auf seine Berufung auf die ganze Erbschaft und zwar mit der auf ihr ruhenden Belastung. Im Zeitpunkt der Delation der Erbschaft erwirbt daher der Prälegatar die Anwartschaft auf das ganze Legat gegen jeden seiner

¹⁾ v. d. Pfordten S. 21: ideoque totius praelegati dies cedit post mortem testatoris.

²⁾ Bernstein l. c. S. 130 III. Es hat keinen Sinn, beide Teile, aus welchen das Vermächtnis (Präzeptions-Legat) bestanden hätte, ungleich zu behandeln, wie bei dem Prälegat.

Miterben und auf Grund dieser Anwartschaft erwirbt er durch den Antritt der Miterben das ganze Legat, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Wie die Delation der Erbschaft, so ist auch die Anwartschaft auf das Legat unteilbar.

Der Umstand, daß die Anwartschaft sich in einem Schwebezustande befindet, hat nicht die Wirkung, den dies cedens des dem Substituten pure auferlegten Legats ist der Tod des Erblassers nach D. 36, 2, 7, 3 und 5. Wenn der Schwebezustand dadurch beendet wird, daß der Erbe die Erbschaft erwirbt oder nicht erwirbt, so zediert das unbedingt gegebene Legat doch mit dem Erbfall. Auch das dem bedingt eingesetzten Erben pure auferlegte Legat befindet sich in einem Schwebezustande und doch ist sein dies cedens der Erbfall D. 36, 2, 7, 1 *legatarius securus est*.

Der Hauptbeweis dafür, daß der dies cedens des Prälegats der Erbfall ist, ist aber der, daß die Anwartschaft vererblich ist. Von einer Vererbung der Anwartschaft auf das Prälegat kann natürlich nur dann die Rede sein, wenn der Erbe des Prälegatars in die Lage gebracht wird, den Schwebezustand mit derselben Wirkung, wie sein Erblasser, beenden zu können. Damit der Erbe dies kann, muß der Erbteil des Prälegatars auf ihn transmittiert werden¹⁾. Schlägt nun der Erbe den transmittierten Erbteil aus, so erwirbt er das ganze Legat, tritt er die Erbschaft an, so erwirbt

¹⁾ Buchholz S. 339.

er den von den Miterben zu leistenden Teil des Legats. Das Prälegat als solches ist also vererblich, und folglich muß die Anwartschaft mortis tempore erworben werden. Dies wird auch bestätigt durch D. 31, 75, 1 post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem.

II. Die Verteilung des Prälegats unter mehrere Berechtigte.

§ 5.

Die Verteilung.

- a) bei dem Prälegat per damnationem S. 45. b) bei dem Prälegat per vindicationem S. 46.

Durch den Erbschaftsantritt des Prälegatars wird das Prälegat zu dem seinem Erbteile entsprechenden Teile ungültig. Der Grund der Ungültigkeit dieses Teils ist jedoch ein rein persönlicher und wenn der Prälegatar Kollegatare hat, so können sie es zu diesem Teile erwerben, denn soweit die Kollegatare damit belastet sind, ist das Prälegat dem einzelnen Prälegatar gültig vermacht. Durch den Erbschaftsantritt erwirbt also jeder der Prälegatare einen Anspruch auf das Prälegat, soweit es seinen Miterben zur Last fällt.

Sind mehrere als collegatarii re et verbis coniuncti mit einem Legat bedacht, so erwirbt jeder von ihnen durch den Erbschaftsantritt eine gleiche Quote des ganzen Legats, und dies gilt grundsätzlich auch für mehrere Prälegatare, wenn sie Collegatarii coniuncti sind. Ist

das Prälegat per damnationem angeordnet, so erzeugt es durch den Erbschaftsantritt einen persönlichen Anspruch, der sich in so viele gleiche Teile spaltet, als Gläubiger da sind *quot capita tot obligationes*¹⁾. Jeder der Prälegatäre erwirbt also einen Anspruch auf eine *pars virilis*, welcher in der Weise befriedigt wird, daß jeder von ihnen den seinem Erbteile zur Last fallenden Teil mit den übrigen zu gleichen Teilen teilt²⁾. Durch diese Verteilung erwirbt jeder Prälegatär das, was er von seinen Kollegatären erhält, als Vermächtnis, zu dem übrigen Teile ist es in seiner Erbportion enthalten. Diesen Teil können aber seine Kollegatäre nicht erhalten, obwohl er für sie als Legat gültig ist, denn bei dem Damnationslegat gilt kein Anwachsungsrecht, *damnatio partes facit*³⁾; er bleibt daher *iure hereditario* bei dem damit Beschwernten.

Das Präfideikommiß wird nach denselben Grundsätzen geteilt wie das Damnationslegat⁴⁾.

Sind mehrere oder alle Erben mit einem Legatum per vindicationem bedacht, so gebührt an und für sich jedem von ihnen eine gleiche Quote. Bei dem Vindikationslegat gilt aber das Anwachsungsrecht, und da jeder der Kollegatäre das Prälegat, soweit es nicht seinem Erbteile zur Last fällt, ganz erwerben kann, so fällt durch den Erbschaftsantritt der ganze bei dem einzelnen Prälegatär ungültige Teil an die Kollegatäre.

¹⁾ S a v i g n y, Obligationenrecht § 16.

²⁾ D. 30, 104, 5; A r n d t s 47, 131.

³⁾ Fragm. Vaticana § 85.

⁴⁾ cfr. Zitat Anm. 3 und D. 33, 2, 34, 1; A r n d t s 47, 136.

Wenn die mehreren Prälegatare zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt sind, so erwerben sie auch das Prälegat zu gleichen Teilen. Sind aber ihre Erbportionen ungleich, dann entsteht die Frage, nach welchem Verhältnis die Prälegatare an dem Prälegat partizipieren. Hierbei ist zu unterscheiden, ob alle Erben oder nur einige von ihnen mit dem Prälegat bedacht sind.

Was zunächst den ersteren Fall anbelangt, so haben nach Buchholz S. 403, Hofacker (Principia iuris § 1480) und Curtius (Handbuch des chur-sächsischen Zivilrechts 2 § 749) die Regel aufgestellt, daß ein Prälegat, welches allen Erben vermacht ist, unter diese im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbteilen verteilt wird. Auf die Berechnung der Anteile haben sie sich aber wohl nicht eingelassen; denn Vangerow schreibt (Pandekten 2 § 523 B. 2), daß er in den „bisherigen“ Bearbeitungen der Lehre vom Prälegat vergeblich nach einer Erörterung der Frage, nach welchem Maßstab das in der Person des einen Prälegatars ungültige den Kollegataren zufällt, gesucht hat.

In den Quellen sind uns nur wenige Stellen überliefert, die sich mit der Berechnung der Prälegatanteile beschäftigen. Für das Vindikationslegat kommen nur in Betracht die D. 30, 34, 11 und 12; D. 30, 116, 1 und D. 33, 7, 2 und diese behandeln nur Fälle von zwei Prälegataren oder von einem Prälegatar, der zusammen mit extranei auf das Legat eingesetzt ist.

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts erklärte die D. 30, 34, 11 und 12; 116, 1 allgemein für

maßgebend für die Verteilung des Legats unter mehrere, zu alleinigen Erben eingesetzte Prälegatare¹⁾.

Gestützt auf diese Stellen hat V a n g e r o w , der sich im übrigen mit der herrschenden Meinung völlig identifizierte, eine eigenartige Berechnung der Prälegatanteile aufgestellt²⁾, auf welche ich später näher eingehen werde. Trotzdem sich V a n g e r o w A r n d t s unbedingt³⁾, B u c h h o l t z unter Vorbehalt anschlossen, blieb es indessen auch nach ihm, ebenso wie vorher die herrschende Meinung, daß die Teilung des Legats in der Weise zu bewirken sei, daß der auf der Erbportion des einzelnen Erben haftende Teil des Legats unter seine Kollegatare zu gleichen Teilen geteilt wird.

Nach einer eingehenden Begründung dieser Ansicht sucht man aber vergeblich. W i n d s c h e i d , der allein eine solche für nötig zu halten scheint, begnügt sich mit der Bemerkung, daß die Prälegatare als Collegatarii conjuncti der Regel gemäß das Legat zu gleichen Teilen erwerben, soweit es in ihrer Person gültig ist⁴⁾. Daß aber diese Regel Anwendung finden muß auf denjenigen Teil des Prälegats, welchen der einzelne Prälegatar nicht erwerben kann, ist noch zu beweisen. Den Satz,

¹⁾ cfr. Brinz, Pandekten 3, 1 S. 388 ; Arndts 47, 157 ff.; Sintenis § 210¹⁴; Dernburg, Pandekten 3 § 116.

²⁾ Vangerow, Pandekten 2 § 523; C. A. 35, 260 ff.

³⁾ Arndts 47, 159: „vom Standpunkt derselben (d. h. der herrschenden Lehre) ist auch diese seine Berechnung unbedenklich als die allein richtige anzuerkennen.“

Buchholtz S. 434, ¹⁰⁰: „Dieser Meinung (scil. Vangerow's), welche wir, wenn eine der oben genannten überhaupt richtig wäre, als die gelungenste anerkennen müßten.“

⁴⁾ Windscheid § 627; 9. A. 3, 585⁷.

daß Prälegatare unter sich das Legat im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbteilen teilen, läßt Windscheid außer Betracht. Da er aber von Ulpian in D. 30, 34, 12 für zwei Prälegatare aufgestellt ist, so gilt es zu beweisen, entweder, daß er bei der Berechnung der Legatanteile von mehr als zwei Prälegataren in der von der herrschenden Meinung gebilligten Weise zur Anwendung kommt, oder daß er bei der größeren Zahl der Berechtigten nicht durchführbar ist. Die von der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts befürwortete Verteilung des Prälegats ist also noch zu begründen. Gelingt es aber festzustellen, daß sie die richtige ist, so ist damit zugleich bewiesen, daß die römischen Juristen der klassischen Periode bei einem zugunsten mehrerer zu ungleichen Teilen eingesetzten Erben per vindicationem oder per praeceptionem angeordneten Legat die Anteile der einzelnen Prälegatare auf dieselbe Weise berechnet haben würden, denn die Stellen, welche die herrschende Meinung als entscheidend betrachtete, sprechen von einem Vindikationslegat oder von einem Präzeptionslegat.

Die in den Quellen besprochenen Fälle gehen nicht über zwei Prälegatare hinaus, der hier beabsichtigte Beweis ist daher nur so zu führen, daß aus den überlieferten Entscheidungen die Regeln für die Verteilung der Prälegate festgestellt werden und dann eine Verteilung unter mehr als zwei Prälegatare gesucht wird, welche diesen Regeln entspricht.

Die Untersuchung beginnt also mit einer kurzen Zusammenstellung der für die Verteilung maßgebenden

Quellenstellen und der aus diesen abgeleiteten Regeln für die Berechnung der Prälegatanteile. Vorausgesetzt ist stets, daß die Prälegatäre Collegatarii coniuncti sind.

1. Die Hauptregel ist: *Heredi a semet ipso inutiliter legatur*¹⁾. Der Prälegatar kann von dem Prälegat, soweit er als Erbe zu demselben beizutragen haben würde, nichts erwerben.

a) Ist von 2 Kollegataren der eine *heres ex asse*, der andere ein *extraneus*, so erhält letzterer das ganze Legat.

D. 30, 34, 11. Ulpian Lib. 21 ad Sabinum. Si duobus (eadem res) sit legata quorum alter *heres institutus sit*, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur ideo quod quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit²⁾.

b) Sind zwei Kollegatäre als alleinige Erben zu ungleichen Teilen eingesetzt, so teilen sie das Legat im umgekehrten Verhältnis ihrer Erbportionen.

D. 30, 34, 12. Ulpian Lib. 21 ad Sabinum. Inde dicitur si duo sint heredes unus ex uncia alter ex undecim unciis et eis fundus legatus sit *unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum coheredem unciam*³⁾.

¹⁾ Zitate Windscheid 9a § 627⁴; Kretschmar § 3 und S. 182.

²⁾ Nach dem Wortlaut der Lex kann der Erbe auch Teilerbe sein; cfr. Buchholtz S. 392; Arndts 47, 142³⁹. Im Falle des Universalerben tritt aber die Wirkung der Regel *Heredi a semet ipso etc.* am schärfsten hervor.

³⁾ Vangerow § 523 B. 1; C. A. 35, 263⁶; Arndts 47, 140 ff.; Kretschmar S. 179.

2. Sind von mehreren eingesetzten Erben zwei mit einem Legat bedacht, so erhalten die beiden Prälegatäre das, was die übrigen Miterben zu dem Legat beitragen müssen, zu gleichen Teilen. D. 33,7, 2. pr. Papinian Lib. 7 responsorum. Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit¹⁾).
3. Sind zwei Erben eingesetzt und ist einem von ihnen zusammen mit zwei extranei ein Grundstück vermacht, so erhalten die extranei den Teil des Grundstücks ganz, mit welchem der Erbteil des Prälegatars beschwert ist. Von dem andern Teil, welcher dem Miterben auferlegt ist, erhält der Prälegatar $\frac{1}{3}$ und jeder der beiden extranei auch $\frac{1}{3}$.

D. 30, 116, 1.. Florentinus Lib. 11. Institutionum.
Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a cohedere

¹⁾ Über diese Stelle s. gegen Buchholz S. 378 ff. mit Recht Vangerow C. A. 35, 296; cfr. auch Arndts 47, 125; Kretschmar 176. Man kann den Tatbestand wohl so vervollständigen: Der Vater war zweimal verheiratet. Seine 2 Kinder aus der ersten Ehe waren in dem Testament¹⁾ ihrer nach der Tochter verstorbenen mütterlichen Großmutter zu Erben eingesetzt und hatten s. Z. ihrem Vater die Erbschaft erworben. Es ist daher recht und billig, daß der Vater diesen 2 Kindern die bona aviae prälegiert. Vielleicht hatte die Großmutter dem Vater das Fideikommiß auferlegt, bei seinem Tode ihre Erbschaft den Kindern ihrer Tochter zu restituieren. cfr. D. 30, 11.

¹⁾ „Testament“, denn Intestaterbrecht am Vermögen ihrer mütterlichen Großeltern erhielten die Enkel erst durch Valentinian Theodos und Arcadius 389 p. c.; C. Th. 5, 1, 4; C. J. 6, 55, 9; J. 3, 4, 1.

potest. Itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte. Extranei vero ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt¹⁾).

Der Prälegatar teilt also das Legat, soweit es nicht seinen Erbteil mindert, mit den extranei zu gleichen Teilen. Die extranei, welche ein Legat zusammen mit Erben teilen, erhalten stets mehr als die Quote, welche sie beanspruchen könnten, wenn alle Kollegatäre extranei wären, weil ihnen kraft Accrescenz das zufällt, was die mitbedachten Prälegatäre iure legati nicht erwerben können.

Hiermit sind die in den Quellen entschiedenen Fälle erschöpft. Ich gehe nun dazu über, kompliziertere Fälle aufzustellen, an diesen die Verteilung nach den ermittelten Regeln vorzunehmen und das Ergebnis zu prüfen.

Als nächstliegender Fall bietet sich der, daß 2 Prälegatäre als alleinige Erben und zusammen mit 2 extranei auf dieselbe Sache eingesetzt sind. Hier kann jeder Prälegatar den Teil des Ganzen, welchen sein Miterbe aufbringen muß, mit den beiden extranei gemäß D. 30, 116 § 1 nur zu gleichen Teilen teilen. Jeder der beiden,

¹⁾ Vangerow § 523 B; C. A. 35, 262⁵; Arndts 47, 139 ff.; v. d. Phordten S. 74; Buchholtz 428⁸³; Kretschmar § 11 bes. S. 169.

extranei hat Anspruch auf $\frac{1}{3}$ und folglich bleibt für den Prälegatar auch $\frac{1}{3}$. Sind A und B zu alleinigen Erben und zwar A zu $\frac{11}{12}$, B zu $\frac{1}{12}$ eingesetzt und sollen A, B, X und Y zusammen das Legat erhalten, so bekommen von den $\frac{11}{12}$, mit welchen A's Erbteil belastet ist: B, X und Y jeder $\frac{11}{36}$; von dem $\frac{1}{12}$, welches auf B's Erbteil gelegt ist: A, X und Y jeder $\frac{1}{36}$. A erhält also $\frac{1}{36}$, B $\frac{11}{36}$, X $\frac{12}{36}$; Y $\frac{12}{36}$. Die beiden Prälegatare teilen also unter sich im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbportionen, auch wenn sie zusammen mit extranei bedacht sind. Die Erbteile von A und B verhalten sich wie 11:1; ihre Legatanteile dagegen wie 1:11.

Zum Beweise, daß dies auch bei mehr als 2 Prälegataren zutrifft, gehen wir nun über zu dem Falle, daß vier alleinigen Erben und drei extranei zusammen ein Legat ausgesetzt ist.

Von dem, was einer der Prälegatare zu dem Legat beizutragen hat, erhält jeder der 3 extranei $\frac{1}{6}$, $\frac{3}{6}$ bleiben also übrig für 3 Prälegatare. Da aber jeder von diesen, wie gezeigt, Anspruch hat auf ebensoviel, wie jeder extraneus, so geht diese Hälfte auch in drei gleiche Teile und jeder Prälegatar erhält $\frac{1}{6}$. Da ferner jeder extraneus von jedem der Prälegatare $\frac{1}{6}$ des ihm auferlegten Teils des Legats erhält, so fällt ihm $\frac{1}{6}$ des ganzen Legats zu und den 3 extranei zusammen $\frac{3}{6}$, die vor der Verteilung der für die 4 Prälegatare übrig bleibenden $\frac{3}{6}$ in Abzug gebracht werden können. Die Berechnung wird dadurch übersichtlicher und die Anteile der einzelnen extranei interessieren uns nicht.

Die Verteilung ist also wie folgt vorzunehmen;
extranei sind X, Y, Z; Erben sind A B C D
und zwar eingesetzt auf $\frac{1}{12}$ $\frac{2}{12}$ $\frac{3}{12}$ $\frac{6}{12}$

Die 12tel umgewandelt in 72tel er-

geben $\frac{6}{72}$ $\frac{12}{72}$ $\frac{18}{72}$ $\frac{36}{72}$
abziehen für X, Y und Z $\frac{3}{6}$

= $\frac{36}{72}$ $\frac{3}{72}$ $\frac{6}{72}$ $\frac{9}{72}$ $\frac{18}{72}$

zu verteilen unter die 4 Erben . . $\frac{3}{72}$ $\frac{6}{72}$ $\frac{9}{72}$ $\frac{18}{72}$

von A erhalten $\frac{1}{72}$ $\frac{1}{72}$ $\frac{1}{72}$

von B erhalten $\frac{2}{72}$ $\frac{2}{72}$ $\frac{2}{72}$

von C erhalten $\frac{3}{72}$ $\frac{3}{72}$ $\frac{3}{72}$

von D erhalten $\frac{6}{72}$ $\frac{6}{72}$ $\frac{6}{72}$

im ganzen erhalten $\frac{11}{72}$ $\frac{10}{72}$ $\frac{9}{72}$ $\frac{6}{72}$

A gibt also an B, C und D je einen Teil und erhält von ihnen resp. 2, 3 und 6 Teile; er teilt also mit jedem der anderen 3 Prälegatäre im umgekehrten Verhältnis seines Erbteils zu dem des anderen. In demselben Verhältnis stehen die Teile, welche B, C und D weggeben, zu denjenigen, welche sie erhalten. Jeder Prälegatar teilt also mit jedem der 3 anderen im umgekehrten Verhältnis seines Erbteils zu dem des anderen. Im ganzen erhält jeder Prälegatar so viele Legatteile, wie die Summe der Erbquoten der übrigen beträgt. Er gibt an jeden der anderen so viele Teile, wie seine Erbquote beträgt; folglich steht auch das, was er im ganzen erhält, zu dem, was er an jeden der anderen gibt, im umgekehrten Verhältnis seines Erbteils zu der Summe der Erbschaftsquoten der anderen.

Schien das Ergebnis, daß die Prälegatare das Prälegat im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbportionen teilen, in D. 30, 34 § 12 eine zufällige Begleiterscheinung der Teilung des Legats unter zwei auf ungleiche Erbteile eingesetzte Erben zu sein¹⁾, so ist jetzt festgestellt, daß auch bei mehr als 2 Prälegataren, soweit die Erbteile der Prälegatare mit dem Legat beschwert sind, bei der quellenmäßigen Verteilung desselben diese Folge stets eintritt, sowohl wenn extranei zusammen mit Prälegataren, als auch wenn letztere allein das Legat teilen. Das Verhältnis der den Prälegataren zufallenden Teile zu einander bleibt dasselbe, wenn die extranei fehlen; nur würden dann die Prälegatare 36tel statt 72tel des Ganzen erhalten. Dieses Ergebnis ist also die stets eintretende und daher notwendige Folge der richtigen Verteilung und daraus folgt wiederum, daß nur diejenige Verteilung als die richtige anerkannt werden kann, welche diese Folge notwendig herbeiführt.

Wie im Laufe der Untersuchung festgestellt ist, teilen Prälegatare zu gleichen Teilen das, was ihre Mit-erben zu dem Legat beitragen müssen²⁾. Sind sie zusammen mit extranei mit dem Legat bedacht, so teilen sie mit diesen den nicht ihrem eigenen Erbteil auferlegten Teil des Legats zu gleichen Teilen³⁾. Sind mehrere Prälegatare allein auf das Legat eingesetzt,

¹⁾ Vangerow C. A. 35, 262; Arndts 47, 140; Kretschmar S. 189.

²⁾ cfr. S. 51 Nr. 2; D. 33, 7, 2.

³⁾ cfr. S. 51 Nr. 3; D. 30, 116 § 1.

so teilen immer die übrigen das, was einer von ihnen zu dem Legat beitragen muß, zu gleichen Teilen¹⁾. Prälegatäre als *collegatarii coniuncti* teilen also grundsätzlich zu gleichen Teilen und durchbrochen wird dieser Grundsatz nur insoweit, als der einzelne Prälegatar von dem, seinem Erbteile zur Last fallenden Teile des Legats *sub titulo singulari* nichts behalten darf.

Die aus D. 30, 34, 11 zu entnehmende Regel, daß Prälegatäre im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbportionen teilen, darf nicht so ausgelegt werden, daß ihre endgültigen Anteile am Legat im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbteilen stehen sollen. Dies hat, wie *Arndts* (in Glück, Bd. 47 Anm. 59 S. 159/160) sehr richtig bemerkt, bei mehreren auf ungleiche Teile eingesetzten Erben keinen Sinn; denn eine solche Verteilung widerspricht allen Regeln über die Verteilung von Prälegaten. Unter Berücksichtigung dieser Regeln, insbesondere des Anwachsungsrechts, kann daher der Satz nur so, wie oben (S. 53) gefaßt werden. Jeder Prälegatar kann aber mit jedem seiner Kollegatäre im umgekehrten Verhältnis seines Erbteils zu dem des anderen nur teilen, indem er den auf seinem Erbteile haftenden Teil des Prälegats unter seine Kollegatäre zu gleichen Teilen verteilt und von jedem zusammen mit den übrigen gleiche Teile empfängt. Die Regel, daß von dem bei dem einen der Prälegatäre ungültigen Teile des Prälegats die übrigen immer gleiche Teile

²⁾ cfr. S. 54.

erhalten, folgt also aus der anderen, daß sie unter sich im umgekehrten Verhältnis ihrer Erbteile teilen.

Sind die Prälegatare nicht die alleinigen Erben, so teilen sie die Teile des Legats, welche die Miterben beitragen müssen, zu gleichen Teilen, unter sich dagegen im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbportionen.

§ 6.

Vangerow's Ansicht über die Verteilung.

Diese Verteilung ist also völlig gerechtfertigt durch die für das Vindikations- und Präzeptionslegat maßgebenden Quellenstellen, und darum muß die Vangerow'sche Berechnung notwendig falsch sein, denn sie ergibt ganz andere Resultate.

Eine Ansicht aber, die Vangerow eingehend begründet hat, verdient es wohl, daß man sie sorgfältig durchprüft und den Fehler feststellt, der ihn zu einem falschen Ergebnis geführt hat¹⁾.

Vangerow ist ausgegangen von dem Gedanken, daß die ursprünglich rechtsbeständigen Legatanteile der Prälegatare ungleich sind, da von dem an und für sich jedem Legatar gebührenden gleichen Teile immer der Teil ungültig ist, welchen er an sich selbst leisten müßte. Sind aber die ursprünglich gültigen Anteile der Prälegatare ungleich, so können ihnen die ungültigen nicht zu gleichen Teilen, sondern nur nach Verhältnis der gültigen, also zu ungleichen Teilen anwachsen.

¹⁾ cfr. zu dem folgenden; Vangerow, Lehrbuch 2, § 523 C. A. 35, 260 ff.

Vangerow geht also aus von dem dies legati cedens. An diesem erwirbt der Prälegatar als Legatar eine Anwartschaft auf das ganze Legat, die man sich aber durch die Konkurrenz der Collegatarii coniuncti auf eine für alle gleiche Quote ermäßigt denken kann. Tritt der Prälegatar die Erbschaft an, so ist von seiner Quote derjenige Teil, welcher seinem Erbteile zur Last fällt, nach dem Satze heredi a semet ipso inutiliter legatur als Legat in seiner Person ungültig. Was ihm übrig bleibt ist sein ursprünglich rechtsbeständiger Legatanteil. Der in seiner Person ungültige Teil der ihm an und für sich gebührenden gleichen Quote wächst seinen Kollegataren an nach Verhältnis ihrer ursprünglichen Legatanteile.

Vangerow ermittelt die Größe der rechtsbeständigen Legatanteile der einzelnen Prälegatäre auf folgende Weise.

Von den 3 Prälegatären A, B und C erwirbt jeder am dies legati cedens die Anwartschaft auf $\frac{1}{3}$ des ganzen Legats, ist nun A zu $\frac{1}{2}$, B zu $\frac{1}{4}$ und C auch zu $\frac{1}{4}$ Erbe und treten alle drei die Erbschaft an, so werden die folgenden Legatanteile ungültig: bei A $\frac{1}{3} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{6}$ bei B und C je $\frac{1}{3} \times \frac{1}{4} = \frac{1}{12}$.

Rechtsbeständige Legatanteile sind

$$\text{für A } \frac{1}{3} = \frac{20}{60} - \frac{10}{60} = \frac{10}{60}$$

$$\text{für B } \frac{1}{3} = \frac{20}{60} - \frac{5}{60} = \frac{15}{60}$$

$$\text{für C } \frac{1}{3} = \frac{20}{60} - \frac{5}{60} = \frac{15}{60}$$

Zu verteilen bleiben $\frac{10}{60} + \frac{5}{60} + \frac{5}{60} = \frac{20}{60}$.

Von den $\frac{10}{60}$, welche A herauszugeben hat, erhalten B und C jeder $\frac{5}{60}$; von den $\frac{5}{60}$, welche bei B

ungültig sind, erhält A $\frac{2}{60}$ und C $\frac{3}{60}$ und ebenso erhält von den $\frac{5}{60}$, welche bei C ungültig sind, A $\frac{2}{60}$ und B $\frac{3}{60}$, da sich in diesen beiden Fällen die ursprünglichen Legatanteile wie 10:15, also wie 2:3 verhalten. Die Legatanteile von B und C dagegen verhalten sich wie 15:15, also wie 1:1 und folglich müssen B und C von A gleiche Teile erhalten. Das Endergebnis ist, daß:

$$\text{A erhält } \frac{10}{60} + \frac{2}{60} + \frac{2}{60} = \frac{14}{60}$$

$$\text{B erhält } \frac{15}{60} + \frac{5}{60} + \frac{3}{60} = \frac{23}{60}$$

$$\text{C erhält } \frac{15}{60} + \frac{5}{60} + \frac{3}{60} = \frac{23}{60}$$

Diese Verteilung der zwei Teile des Prälegats nach verschiedenem Verhältnis ist nicht zu rechtfertigen.

Geht man aus von dem Prälegat, so ist dieses nach allgemein angenommener Definition ein Vermächtnis, mit welchem die Erbschaft oder sämtliche Erben zugunsten eines oder mehrerer der eingesetzten Erben — oder aller — belastet ist. Ein und dieselbe Person muß also Erbe und Legatar sein. Die volle rechtliche Existenz des Vermächtnisses als Prälegat beginnt daher erst mit dem Erbschaftsantritt des Prälegatars. In diesem Zeitpunkte wird aber der ganze auf seinen Erbteil gelegte Teil des Legats in seiner Person als Legat ungültig und fällt, wenn er Kollegatare hat, diesen zu — und für die Teilung dieses Teils in 2 Teile, von welchen jeder nach einem besonderen Verhältnis unter die Kollegatare zur Verteilung kommt, ist kein rechtlicher Grund.

Kehren wir nun zurück zu den ursprünglich rechtsbeständigen Legatanteilen. Am dies legati cedens erwirbt der Kollegatar eine Anwartschaft auf eine

Quote des Legats, aber wie kommt er zu dieser Quote? Laut Testament sind 3 Erben eingesetzt und zwar A auf die Hälfte, B und C jeder auf $\frac{1}{4}$, also haben sie in demselben Verhältnis zu dem Legat beizutragen. Soll jeder von ihnen $\frac{1}{3}$ des Legats erhalten, so muß jeder von ihnen den seinem Erbteil zur Last fallenden Teil des Legats mit den beiden anderen zu gleichen Teilen teilen.

Die Verteilung ist dann wie folgt:

Zu Erben eingesetzt und mit dem Legat belastet sind:			
	A	B	C
und zwar zu	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$
von dem $\frac{1}{2}$, welches A zum Legat beiträgt, erhalten	$\frac{10}{60}$	$\frac{10}{60}$	$\frac{10}{60}$
von dem $\frac{1}{4}$, welches B zum Legat beiträgt, erhalten	$\frac{5}{60}$	$\frac{5}{60}$	$\frac{5}{60}$
von dem $\frac{1}{4}$, welches C zum Legat beiträgt, erhalten	$\frac{5}{60}$	$\frac{5}{60}$	$\frac{5}{60}$
	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{3}$

Treten alle 3 die Erbschaft an, so werden ungültig die unterstrichenen Teile. Die übrig bleibenden, nicht unterstrichenen bilden die ursprünglich gültigen Legatanteile. Diese sind aber immer aus den Erbteilen der beiden anderen geleistet. Ursprünglich gültige Legatanteile sind also diejenigen, welche der Prälegatar von seinen Kollegataren schon erhalten hat. Die unterstrichenen Teile sind diejenigen, welche die Einzelnen von dem ihrem Erbteil auferlegten Teile des Legats

zurückbehalten haben und die sie noch herausgeben müssen. Diese sind nach dem Grundsatz der Accrescenz zu verteilen. Hierbei muß natürlich der Grundsatz der Accrescenz so angewendet werden, wie es bei Erben, welche auf ungleiche Teile eingesetzt sind, der Fall ist¹⁾. Nehmen wir z. B. an, es seien zu Erben eingesetzt

	A	B	C	D
und zwar zu	$\frac{1}{12}$	$\frac{2}{12}$	$\frac{3}{12}$	$\frac{6}{12}$;
fällt D aus, so erhalten durch Accres-				
cenz	$\frac{1}{12}$	$\frac{2}{12}$	$\frac{3}{12}$	
und im ganzen erhalten	$\frac{1}{6}$	$\frac{2}{6}$	$\frac{3}{6}$	

Hier verhalten sich die angewachsenen Teile, die endgültigen Teile, ebenso wie die A, B und C ursprünglich ausgesetzten Teile wie 1:2:3.

Nehmen wir ferner eine Prälegatverteilung vor nach dem Prinzip der herrschenden Meinung.

Sind z. B.	A	B	C	D
zu Erben eingesetzt und zwar zu	$\frac{1}{12}$	$\frac{2}{12}$	$\frac{3}{12}$	$\frac{6}{12}$
und sollen sie zusammen ein Legat erhalten, so ergibt sich bei Erbschaftsanfall folgende Verteilung:				
von dem $\frac{1}{12}$, welches A kontribuiert, erhalten	$\frac{1}{48}$	$\frac{1}{48}$	$\frac{1}{48}$	$\frac{1}{48}$
von den $\frac{2}{12}$, welche B kontribuiert, erhalten	$\frac{2}{48}$	$\frac{2}{48}$	$\frac{2}{48}$	$\frac{2}{48}$

¹⁾ Vangerow C. A. 35, 314 stützt sich auf D. 31, 41, wo die Legatäre mit ungleichen Teilen des Legats bedacht sind.

	A	B	C	D
von den $\frac{3}{12}$, welche C kontribuiert, erhalten	$\frac{3}{48}$	$\frac{3}{48}$	$\frac{3}{48}$	$\frac{3}{48}$
von den $\frac{6}{12}$, welche D kontribuiert, erhalten	$\frac{6}{48}$	$\frac{6}{48}$	$\frac{6}{48}$	$\frac{6}{48}$
Ursprünglich rechtsbeständige Legatanteile sind	$\frac{11}{48}$	$\frac{10}{48}$	$\frac{9}{48}$	$\frac{6}{48}$

Es erhalten dann noch nach dem Erbschaftsantritt

von dem $\frac{1}{48}$, welches bei A ungültig ist	$\frac{1}{144}$	$\frac{1}{144}$	$\frac{1}{144}$	
von den $\frac{2}{48}$, welche bei B ungültig sind	$\frac{2}{144}$	$\frac{2}{144}$	$\frac{2}{144}$	
von den $\frac{3}{48}$, welche bei C ungültig sind	$\frac{3}{144}$	$\frac{3}{144}$	$\frac{3}{144}$	
von den $\frac{6}{48}$, welche bei D ungültig sind	$\frac{6}{144}$	$\frac{6}{144}$	$\frac{6}{144}$	
	$\frac{11}{144}$	$\frac{10}{144}$	$\frac{9}{144}$	$\frac{6}{144}$

Dazu die ursprünglichen Legat-

anteile	$\frac{33}{144}$	$\frac{30}{144}$	$\frac{27}{144}$	$\frac{18}{144}$
	$\frac{44}{144}$	$\frac{40}{144}$	$\frac{36}{144}$	$\frac{24}{144}$
reduziert auf 36tel	$\frac{11}{36}$	$\frac{10}{36}$	$\frac{9}{36}$	$\frac{6}{36}$

Auch hier stehen die angewachsenen ebenso wie die endgültigen Teile in demselben Verhältnis, wie die ursprünglichen, nämlich wie 11:10:9:6. Bei V a n g e r o w dagegen verhalten sich die ursprünglich rechts-

beständigen Legatanteile wie 10: 15: 15,
die angewachsenen wie 4: 8: 8,
die endgültigen wie 14: 23: 23.

Die Zahlen beweisen also, daß seine Verteilung der angewachsenen Teile nicht nach dem Grundsatz des Anwachsungsrechts gemacht ist.

§ 7.

Das besondere Anwachsungsrecht bei dem Prälegat per vindicationem und per praeceptionem (S. 71)

D. 30, 67, 1 (S. 68).

Diese umständlichen Berechnungen dienen indessen nur der Veranschaulichung der Wirkung des Accrescenz-Prinzips. Juristisch erwirbt der Berechtigte bei Ausfall eines Mitberechtigten kraft Accrescenz nicht zu der ihm ursprünglich zugedachten Quote eine neue Quote hinzu, sondern er erwirbt eine um den ihm von der Quote des Ausgefallenen zukommenden Teil vergrößerte Quote. Seine Anwartschaft auf das Ganze gelangt zu größerer Kraftentfaltung infolge der geminderten Konkurrenz der Mitberechtigten¹⁾.

Das Beispiel S. 61 von den vier auf ungleiche Teile eingesetzten Erben zeigt dies deutlich. Durch den Wegfall des D werden die 6 Teile, welche diesem im Testament ausgesetzt waren, als solche vernichtet. Laut Testament sollten A, B und C zusammen 6 Teile erhalten, und beim Erbschaftsantritt erwerben sie auch 6 Teile, die aber von Teilen der Hälfte zu Teilen des

¹⁾ Windscheid 9. A. § 603 2a.

Ganzen angewachsen sind; denn nach dem Wegfall des D bilden die 6 den A, B und C zugedachten Teile den Maßstab für die Verteilung der ganzen Erbschaft.

Dieselbe Wirkung tritt auch bei dem Prälegat ein. Die Teile der an und für sich jedem gebührenden gleichen Quote, welche bei den einzelnen Kollegataren ungültig sind, hören als solche auf zu existieren und fallen nicht als selbständige Teile den übrigen zu.

Die Anwachsung ergreift den Legatteil, welcher dadurch vergrößert wird. Anstatt des kleineren, ihm an und für sich zukommenden ist der Prälegatar berechtigt, von seinem Kollegatar einen durch die Anwachsung entsprechend vergrößerten Teil zu fordern. Was A als bei ihm ungültig noch herausgeben muß, kann also nur den Teilen anwachsen, welche B, C und D schon von A erhalten haben, und nicht auch den Teilen, welche z. B. B schon von C und D empfangen hat, wie V a n - g e r o w das will.

Es handelt sich hier um den besonderen Fall des Anwachsungsrechts, welcher nur bei Prälegaten vorkommen kann; denn der Grund seines Inkrafttretens ist die in der Regel *heredi a semet ipso inutiliter legatur* ausgedrückte Rechtsfolge, daß der Prälegatar den seinem Erbteile entsprechenden Teil des Legats *sub titulo singulari* nicht erwerben kann. Das besondere an diesem Falle ist also der Grund, warum dieser Teil frei wird, und daß die Anwachsung eintritt, obgleich alle Berufenen zum Erwerbe gelangen. Daß aber die Kollegatare den bei ihrem Kollegatar ungültigen Teil des Prälegats erwerben, folgt aus den allgemeinen

Grundsätzen des Anwachsungsrechts. Es ist also nicht nötig zur Begründung des Anwachsungsrechts in diesem besonderen Falle, daß der Berechtigte schon etwas als ihm an und für sich gebührend erworben hat, zu dem durch Anwachsung etwas hinzukommt; er erwirbt *iure accrescendi*, nicht weil er schon etwas erworben hat, sondern weil ihm das Ganze zugewendet worden ist, soviel davon als die Kollegatäre nicht vermöge des gleichen Rechts für sich in Anspruch nehmen können.

Dieser besondere Fall des Anwachsungsrechts ist von vielen bestritten, meiner Ansicht nach zu Unrecht¹⁾. B u c h h o l t z²⁾ will das Anwachsungsrecht beschränken auf die Fälle D. 30, 34, 11, D. 30, 116, 1 und D. 30, 34, 12. K r e t s c h m a r will es nur gelten lassen zugunsten der extranei, welche zusammen mit Erben mit dem Legat bedacht sind³⁾. „Für die Verteilung des Prälegats unter mehrere Miterben ist zunächst der Wille des Testators maßgebend“ (S. 189). „Hat dieser keinen Verteilungsmodus bestimmt, so ist Virilteilung zu präsumieren, auch bei *collegatariis re et verbis* oder *re tantum coniunctis*“ (S. 189). „Zwischen Miterben als Koprälegatären besteht das Accrescenz-Recht überhaupt nicht“ (S. 167). „Die D. 30, 34, 12 ist ein Ausnahmefall, in welchem der Satz, daß dem Erben von sich selber ungültig, von Miterben aber gültig legiert werde, auf die Austauschung der gegenseitigen Erb-

¹⁾ Siehe zu dem Ganzen V a n g e r o w C. A. 35, 260 ff.

²⁾ Prälegatē S. 426 ff; dagegen V a n g e r o w C. A. 35. 289 zu 3.

³⁾ S. 182.

portionen am Prälegat führt, weil hier die gültig vermachten Bruchteile genau das ausfüllen.“ (S. 189.)

Nach der gründlichen Behandlung dieser Frage durch V a n g e r o w bin ich glücklicherweise in der Lage, mich hier kurz fassen zu können, denn in der Hauptsache habe ich mich nur zu den Argumenten von K r e t s c h m a r zu äußern. Für K r e t s c h m a r und alle, welche diese Frage vor 1900 behandelten, gestaltete sich dieselbe dadurch zu einer verwickelteren, daß sie sie vom Standpunkte des geltenden Rechts betrachteten. Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten sind durch das bürgerliche Gesetzbuch beseitigt.

J u s t i n i a n hat durch Beseitigung des Unterschiedes zwischen Legat und Fideikommiß, sowie der formellen Unterschiede der Legate ein einheitliches Vermächtnisrecht geschaffen. In den Digesten finden wir aber Entscheidungen, die sich auf die Form des Legats gründen, die vom Standpunkte des einheitlichen Vermächtnisrechts aus betrachtet miteinander in Widerspruch stehen und mit diesem unvereinbar sind. Der aussichtslosen Arbeit, diese widersprechenden Entscheidungen unter das einheitliche Prinzip zu bringen, sind wir heute enthoben. Die Stellen gewähren aber einen ziemlich sicheren Schluß auf das in der klassischen Periode geltende Recht. Hiervon habe ich schon ausführlich gesprochen, ich wiederhole daher kurz die ermittelten Regeln über die Verteilung der Prälegate.

Prälegatare teilen grundsätzlich zu gleichen Teilen. Dies gilt vor allem von dem Prälegat per damnationem, denn bei dem Damnationslegat ist das Anwachsungs-

recht ausgeschlossen. Vat. § 85 *ius accrescendi cessat* und ebenso bei dem Präfideikommiß Vat. § 85 in *fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione*.

Auch bei dem Prälegat *per vindicationem* gilt grundsätzlich Virilteilung.

Soweit Miterben mit dem Legat beschwert sind, teilen Koprälegatäre und das auch mit extranei, welche mit ihnen zusammen auf das Legat eingesetzt sind, zu gleichen Teilen. Wie K r e t s c h m a r¹⁾ die D. 33, 7, 2 in Zusammenhang bringen will mit dem Anwachsungsrecht bei Prälegaten ist nicht einzusehen. In bezug auf das, was sie von den Miterben zu fordern haben, werden die Koprälegatäre wie extranei behandelt. Mögen sie allein oder zusammen mit extranei eingesetzt sein, dieser Teil ist allen gültig vermacht und jeder von ihnen erwirbt davon eine gleiche Quote. Nur wenn einer der Mitberechtigten ausfällt, tritt hier Accrescenz zugunsten der übrigen ein. Dies ist aber das gewöhnliche und nicht das besondere, nur bei Prälegaten mögliche Anwachsungsrecht.

Gegenstand des letzteren ist seiner Natur nach nur das, was ein Mitbedachter zu dem Legat beitragen muß. Passiv legitimiert sind also für das besondere Anwachsungsrecht nur Koprälegatäre, aktiv legitimiert dagegen sind sowohl Koprälegatäre wie die mit ihnen zusammen bedachten extranei, obgleich die letzteren

¹⁾ S. 176. Auch B e r n s t e i n in Zeitschrift der Savigny-Stiftung 15, 119 zitiert D. 33, 7, 2 gegen das Anwachsungsrecht bei dem Präzeptions-Legat.

durch das Anwachsungsrecht besonders begünstigt werden.

Die einzige für die hier vertretene Ansicht nicht zu verwertende Stelle ist die D. 30, 67, 1 aus dem 3. Buche des Gaius über das prätorische Edikt. Lenel Nr. 15.

Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione sed pro virili id legatum habere debent.

Vangerow¹⁾ verwirft mit Recht die Ansicht, daß Gaius nur an die den Prälegataren an sich gebührenden Teile denkt, und die andere, daß statt ex — a pluribus heredibus zu lesen ist, aber auch seine Erklärung dürfte bei Anerkennung der großen Sorgfalt, mit welcher sie ausgearbeitet ist, niemand voll befriedigen. Andererseits mit Dernburg²⁾ der Vermutung Raum zu geben, daß Gaius hier eine Sondermeinung vertreten haben soll, scheint mir auch kein Grund. Die G. 2, 223 gewährt m. A. keine Stütze für diese Vermutung, wenn man sie im Zusammenhange mit dem vorhergehenden liest. Gaius hat bei jeder der drei vorher besprochenen Legatformen immer die Fälle, daß mehreren ein Gegenstand conjunctim oder disiunctim vermacht ist, und ihre Wirkung besprochen. cfr. 2, 199, 205, 215. Es ist daher folgerecht, daß er auch bei dem Präzeptionslegat diese Frage erörtert, und, was er besonders hervorheben will, ist, daß bei der letzten Form gleichgültig, ob den Mehreren conjunctim oder disiunctim

¹⁾ C. A. 35, 307.

²⁾ Pandekten 3 § 116³.

vermacht ist, ebenso wie bei dem Vindikationslegat eine Teilung stattfindet, daß also nicht, wie bei der *per damnationem* — und nach der allerdings bestrittenen Ansicht — auch bei der *sinendi modo* Mehren *disiunctim* vermachten Sache der Eine die Sache, die anderen den vollen Wertersatz erhalten. Das *singuli partes habere debent* in § 223 ist also im Gegensatz zu *singulis solidares debetur* in § 205 zu denken, und man darf daraus nicht ohne weiteres schließen, daß Gaius die Virilteilung bei allen Legatformen vertreten habe (Epit. 2, 5, 7).

Das Anstößige in D. 30, 67, 1 sind die Worte *non pro hereditaria portione*; von einer Ansicht, daß Prälegatäre nach Verhältnis ihrer Erbportionen an dem Legatpartizipieren, die Gaius hier widerlegt haben könnte, findet sich nirgends die leiseste Andeutung. Diese Unterscheidung zwischen Teilung nach Kopfteilen und nach Verhältnis der Erbportionen wird gemacht bei der Beitragspflicht der Erben zu dem Legat¹⁾. Um aber unsere Stelle mit den sehr bestrittenen über die letztere Frage in Verbindung zu bringen, müßte man das *habere vor debent* streichen, und das ist offenbar durch die Handschriften nicht gerechtfertigt. Aus dem Fragment, so wie es uns überliefert ist, ist aber nicht zu entnehmen, was Gaius mit den Worten *non pro hereditaria portione sed pro virili* hat ausdrücken wollen. Wir wissen auch nicht, ob Gaius von Prälegaten im allgemeinen oder in einer besonderen Form gesprochen hat, und unter

¹⁾ Vangerow § 521 Anm. 3.

diesen Umständen ist die Stelle als weder für die eine noch für die andere Ansicht beweisend zu behandeln.

Wer das besondere Anwachsungsrecht, so wie ich es auffasse, bei dem Prälegat per vindicationem nicht gelten lassen will, wird eine andere befriedigende Erklärung dafür, daß der bei dem Prälegat per damnationem — bei welchem das Anwachsungsrecht ausgeschlossen ist —, in der Erbportion des Beschwerten zurückbleibende Teil, in der D. 30, 34, 12 von dem Kollegatar miterworben wird, suchen müssen. Bis jetzt ist diese noch nicht gefunden. Kretschmar kann sich nicht verhehlen, daß gegen seine Aufstellungen mancherlei Einwendungen erhoben werden können¹⁾, und darin dürfte er recht haben. Daß das Ergebnis in D. 30, 34, 12, daß jeder der beiden Prälegatäre den auf die Erbportion des anderen fallenden Teil erhält, nicht, wie er S. 189 annimmt, eine ausnahmsweise Erscheinung, sondern die notwendige Folge der richtigen Verteilung ist, ist schon bewiesen, daß aber Ulpian von dem Ganzen spricht, welches dem Berechtigten zufällt, ist Beweis für und nicht gegen das Anwachsungsrecht. Auch in dem vorhergehenden § 11 sagt er: quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit und ebenso Florentinus in D. 30, 116, 1 extranei — — ab ipso herede (semisario) semissem vindicabunt. Buchholz hat S. 426 Nr. 1 zum Beweise, daß auch die Römer das besondere Anwachsungsrecht bei Prälegaten anerkannt haben, J. 2, 20, 8 herangezogen²⁾. Hier wird

¹⁾ S. 189.

²⁾ Dagegen Kretschmar S. 185⁸⁹.

das Wort *pertinet* unzweifelhaft von der Anwachsung gebraucht, und da dasselbe Wort in D. 30, 34, 11 vorkommt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß es auch hier auf Anwachsung hinweist. Daß die Römer nicht unterschieden zwischen dem, was der Kollegatar *iure proprio* und dem, was er *iure accrescendi* von seinem Kollegatar zu fordern hat, beweist ihre richtige Auffassung des Anwachsungsrechts. Am unzweideutigsten drückt sich aber der von Buchholtz zitierte Institutionen-Paragraph aus: *totum ad collegatarium pertinet*, und diese Ausdrucksweise ist ganz im Einklang mit der Auffassung der klassischen römischen Juristen, daß das Anwachsungsrecht rechtlich notwendig in Kraft tritt und dann der Berechtigte nur das Ganze erwerben kann¹⁾.

Nach dem S. C. Neronianum nähert sich das Präzeptionslegat mehr und mehr dem Vindikationslegat, bis es diesem gleichgestellt ist²⁾.

Auch einem Nichterben kann per praeceptionem gültig legiert werden³⁾.

Der ausschlagende oder abstinierende Erbe erhält das ganze Legat⁴⁾.

Stirbt der Bedachte vor dem Antritt der Erbschaft, so geht die Anwartschaft *pro partibus coheredum* auf seinen Erben über⁵⁾.

¹⁾ D. 29, 2, 53, 1.

²⁾ Kretschmar S. 87 ff.

³⁾ G. 2, 221.

⁴⁾ D. 30, 17 2; C. 6, 37, 12.

⁵⁾ D. 31, 75, 1. Bernstein, der die *Praeceptio* stets in ihrem ganzen Umfange aufrecht erhält, einerlei aus welchem

Gegenstand des Präzeptionslegats kann alles sein, was überhaupt gültig vermacht werden kann, also nicht nur Sachen, welche dem Erblasser *ex iure quiritium* gehörten, G. 2, 220 und 222, sondern auch solche, welche er nur in *bonis* hatte; Forderungen, *nomen D. 10, 2, 4*, *nomina ex calendario D. 32, 34, 1*, Vermächtnis einer Geldforderung gegen die Erben *pecunia domi non relicta D. 10, 2, 25, 22 etc.*

Hatte der Erblasser das *quiritische* Eigentum an der vermachten Sache gehabt, so konnte der Erbe nach seiner Wahl seinen Anspruch mit der *rei vindicatio* oder im *iudicium familiae herciscundae* geltend machen. In allen anderen Fällen war er nicht beschränkt auf das *iudicium familiae herciscundae*, sondern er hatte auch eine *utilis actio ex Senatus consulto*, und diese hatte auch der *Extraneus*, wenn ihm die *rei vindicatio* nicht zustand¹⁾. Welche Form aber diese *actio* auch haben mochte, der mit ihr geltend gemachte Anspruch bewahrte den ihm durch die Form des Legats gegebenen Charakter²⁾.

Grunde der *Praeciptions* nicht Erbe wird, erklärt das Zusammenfallen der *praeceptio*, so weit sie aus der Erbportion des Verstorbenen zu leisten ist, dadurch, daß diesem ein Fideikommiß auferlegt war, seinen Erbteil zu restituieren. Für diese Annahme bietet die Stelle keinen Anhalt. cfr. Z. S. St. 15, 130.

¹⁾ G. 2, 222.

²⁾ Vat. 85 in *Neroniano*, *quoniam exemplum vindicationis sequimur*. — *utilem actionem alteri dandam*; vergl. C. 6, 37, 18; *Diocletian 294*. Hier wird dem Legatar die *utilis actio* gegen den Schuldner gegeben, warum ist nicht gesagt, und naturgemäß klagt der Bedachte gegen die Erben resp. Miterben auf Verschaffung des Rechts oder Abtretung ihrer Klage.

Trotzdem nun das Präzeptionslegat ganz den Charakter des Vindikationslegats angenommen hat, soll doch das besondere Anwachsungsrecht bei ersterem ausgeschlossen sein¹⁾. Wenn ein Gegenstand der gesetzlichen *praeceptio* mehreren Erben vermacht ist, so muß allerdings Gleichteilung stattfinden, denn hier konstatiert die Anordnung des Erblassers nur das den betr. Erben ohnedem zustehende Recht²⁾ und in diesem Falle würden vermutlich auch Kretschmar und Bernstein bei Ausfall eines der Kollegatare das Anwachsungsrecht zugunsten der übrigen gelten lassen.

Wenn aber eine andere *res hereditaria* oder *res quae nunquam testatoris fuit* Gegenstand des Präzeptionslegats ist, dann müßte es doch Kretschmar konsequenterweise zugunsten der zusammen mit Erben bedachten *extranei* gelten lassen. Bernstein will die *Accrescenz* grundsätzlich nicht ausschließen, wenn das Präzeptionslegat — — ein in dieser Form hinterlassenes Vindikationslegat ist³⁾, obgleich er auch dieses Zugeständnis sehr abschwächt, indem er einige Seiten weiter schreibt: „Vielleicht galt bei dem Präzeptionslegat Anwachsung überhaupt nicht“; er begründet dies damit, daß der ursprüngliche Zweck des Präzeptionslegats ist, dem Präzipienten zu geben, was er gewissermaßen

¹⁾ Bernstein Z. S. St. 15, 122; Kretschmar S. 175.

²⁾ D. 33, 4, 2, 1 *dotem enim recepisce eam magis quam accepisce*; die Frau braucht auch den ihrem Erbteil entsprechenden Teil der *dos praelegata* nicht in die *Quart* einzurechnen. D. 36, 1, 53 (51) oder *ex causa fideicommissi* zu restituieren. D. 36, 1, 80, 14.

³⁾ l. c. S. 119.

schon hatte, und daß die Rückerstattung nicht fremdes Gut ergreifen darf mit Hilfe der Accrescenz¹⁾). Allein der ursprüngliche Zweck kann die Accrescenz nur ausschließen, wenn er durch die Legatanordnung verwirklicht wird, und warum die Unterscheidung zwischen den *res quae ex iure quiritium testatoris fuerunt* und den übrigen? *quoniam exemplum praeceptionis sequimur* und das ist gleich *exemplum vindicationis*? Daß K r e t s c h m a r das besondere Anwachsungsrecht nur zugunsten der zusammen mit Erben bedachten extrane gelten lassen will, ist weiter oben schon als unhaltbar nachgewiesen.

Was die für die Ausschließung des Anwachsungsrechts angeführten Quellenstellen anbelangt, so beweist G. 2, 222, daß das Präzeptionslegat dem Vindikationslegat zu Gaius Zeit schon sehr nahe steht. Die gleiche Behandlung des *coniunctim* und des *disiunctim* vermachten findet sich sonst nur bei dem Vindikationslegat und die *partes* sind nicht notwendig gleiche Teile. *Sed et loci unius controversia in partes scindi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex compererit* sagt Paulus im 23. Buche seines Ediktskommentars — D. 10, 1, 4 pr. Die *partes* bestimmt der Teilungsrichter nach Verhältnis der Rechte der Konkurrenten an dem zu teilenden Gegenstande. Gaius Liber 1 de legatis ad edictum praetoris — D. 30, 67, 1 — kann man mit demselben Rechte für das Präzeptionslegat wie für jede andere Legatform in Anspruch nehmen,

¹⁾ l. c. S. 122.

wenn man non pro hereditaria portione übersetzt: „nicht im umgekehrten Verhältnis ihrer Erbportionen“. Papinian im 7. Buche seiner Responsen — D. 33, 7, 2 pr. — andererseits, spricht nur von dem Teile des Legats, bei welchem das besondere Anwachsungsrecht ausgeschlossen ist. Diese Stelle für die Berechnung der Anteile an dem Vindikationslegat zu verwerten, habe ich kein Bedenken getragen, weil sie nur bestätigt, was auch ohne ausdrückliche Entscheidung selbstverständlich ist. Der Teil des Prälegats, welchen die Miterben beitragen müssen, ist allen Berechtigten ganz gültig vermacht und darum erhalten sie hiervon gleiche Teile.

Warum aber sollte Papinian besonders hervor-gehoben haben, daß bei den partes coheredum Virilteilung Platz greift, wenn die Berechtigten von dem ganzen Präzeptionslegat gleiche Teile erhielten? Im letzteren Falle würden die Worte pro partibus coheredum in der Entscheidung überflüssig sein und daß die sich aus der Entscheidung ergebende Frage gestellt wurde, beweist, daß bei dem Prälegat auch eine andere als die Virilteilung stattfinden konnte. Wenn die Präzipienten, ebenso wie die mit einem Vindikationslegat bedachten Erben unter sich im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbportionen teilten, so konnten wohl Zweifel darüber entstehen, ob nicht, auch wenn sie Miterben hatten, das ganze Legat ebenso zu behandeln sei, und diese hat Papinian beseitigt. Seine Entscheidung hat also für den aus den Erbportionen der Bedachten zu leistenden Teil des Präzeptionslegats nicht bloß die negative Be-

deutung, daß von diesem nicht die Rede ist, sondern die positive, daß er nach einem anderen Verhältnis, also nach Anwachsungsrecht, geteilt wurde.

Kretschmar's Hauptstütze ist die D. 10, 2, 22, 1. Ulpian Lib. 19 ad edictum: Familiae erciscundae iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta (ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur) vel si certam partem unicuique coheredum adsignet: sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare.

Was zunächst die certa pars anbelangt, so bedeutet dieser Ausdruck, wenn er ohne Anführung des Ganzen, aus welchem der Teil entnommen ist, gebraucht wird, stets einen reellen Teil, cfr. D. 7, 4, 25; D. 43, 17, 1, 7. Certa pars steht im Gegensatz zu pars pro indiviso cfr. D. 7, 4, 25; D. 43, 17, 1, 7. Von den in der Erbschaft enthaltenen teilbaren Sachen sollen also die Erben reelle Teile erhalten. Der iudex kann aber die Sache dem Meistbietenden zusprechen und den Erlös unter die Erben verteilen.

Der § 1 cit. und die folgenden §§ 2—4 geben Vorschriften für die Nachlaßregulierung. Der iudex familiae erciscundae kann — nach Pomponius muß er es — eine Sache mehreren zusprechen, wenn sie ihnen per praeceptionem legiert ist, oder wenn er jedem der Erben einen reellen Teil zuweist etc. Die Größe der certa pars oder der Anteil am Erlös, der jedem Erben zukommt, richtet sich nach seiner Erbquote — cfr. auch D. 10, 1, 4 pr. — und nach welchem Verhältnis die Präzipienten

den ihnen gemeinschaftlich zugewiesenen Vermächtnisgegenstand teilen, darüber brauchte sich Ulpian an dieser Stelle nicht zu äußern, da er nur allgemein von den Funktionen des Richters bei der Auseinandersetzung der Erben spricht. Wir müssen also wieder zurückgreifen auf Papinian D. 33, 7, 2, und diese Stelle führt uns zu dem weiter oben schon besprochenen Ergebnis.

Eine genaue Durchprüfung der für die Gleichteilung des Präzeptionslegats angeführten Quellenstellen führt zu dem Resultate, daß keine derselben dafür einen sicheren Beweis liefert, daß vielmehr aus D. 33, 7, 2, pr. zu entnehmen ist, daß die Präzipienten unter sich im umgekehrten Verhältnis ihrer Erbportionen teilen, und die letztere Verteilung folgt auch aus der prinzipiellen Gleichstellung des Präzeptionslegats mit dem Vindikationslegat.

§ 8.

Die Berechnung der Anteile mehrerer Prälegatäre bei dem Prälegat per vindicationem und per praeceptionem.

Da der Prälegatar von seinem Kollegatar den durch die Anwachsung vergrößerten Teil erhält, so ist es klar, daß die Zahl der Vangerow'schen ursprünglich rechtsbeständigen Legatanteile schon den vollständigen Maßstab für die Verteilung des ganzen Prälegats abgibt. Ich nehme wieder das vorstehende Beispiel¹⁾. Hier haben

¹⁾ cfr. S. 61 u. 62.

wir als ursprüngliche Legatanteile $\frac{11}{48} + \frac{10}{48} + \frac{9}{48} + \frac{6}{48}$, also im ganzen 36 Teile. Zu verteilen sind noch $\frac{1}{48} + \frac{2}{48} + \frac{3}{48} + \frac{6}{48} = \frac{12}{48}$. Die Verteilung wird aber nach dem Grundsätze der Accrescenz bewirkt, nicht durch Vermehrung der schon vorhandenen rechtsbeständigen Teile, sondern durch ihre Vergrößerung — in diesem Falle von 48tel auf 36tel. Am Ende erhalten A $\frac{11}{36}$, B $\frac{10}{36}$, C $\frac{9}{36}$, D $\frac{6}{36}$. Das ganze Legat zerfällt also nur in 36 Teile. Dies hat auch K r e t s c h m a r übersehen in seinen Bemerkungen S. 187 und bei seiner Berechnung S. 188. Er schreibt: „In allen anderen Fällen aber, wo also mehr als zwei Erben vorhanden sind, da erfüllen die gültig vermachten Teile das as nicht, oder wie man vielleicht noch richtiger sagen kann, sie übersteigen das as allemal, und ohne Ausnahme, so daß eine Reduktion vorgenommen werden muß.“ Die gültigen Teile füllen aber bei zwei oder mehr Koprälegataren — und wenn sie collegatarii extranei haben, so macht auch das keinen Unterschied — den as stets genau aus. Der Anfang seiner Berechnung ergibt schon die endgültige Verteilung des ganzen Prälegats. Denn berufen ist jeder Koprälegatar auf das ganze Legat und durch den Erbschaftsantritt erwirbt er soviel davon, wie seinen Kollegataren zur Last fällt. Wenn von 4 Erben A auf $\frac{1}{12}$, B auf $\frac{2}{12}$, C auf $\frac{3}{12}$, D auf $\frac{6}{12}$ eingesetzt sind, so sind sie durch den Erbschaftsantritt in demselben Verhältnis mit dem Legat beschwert und da jeder von ihnen Anspruch hat auf die Quoten, welche die übrigen beitragen müssen, so erwirbt A 11, B 10, C 9, D 6 Teile. Diese sind aber natürlich nicht 12tel,

sondern 36tel des Ganzen, denn die Summe der Zähler der Brüche, nicht der Nenner gibt den Verteilungsmaßstab. Der as zerfällt in 36 Teile — venituri in tertium assem. Auf jedes $\frac{1}{12}$ konkurrieren 3 Kollegatare.

Die Probe, daß diese Berechnung durchaus richtig und zuverlässig ist, ist leicht zu machen.

Ich nehme hier wieder das schon benutzte Beispiel. Die Erbschaft wird geteilt nach römischem Recht in 12 Unzen. Eingesetzt sind: A auf 1, B auf 2, C auf 3, D auf 6 Unzen. Auf jede Unze fällt ein gleich großer Teil des Legats — macht folglich 12 Legatteile. Da nun jeder der Prälegatare jeden der ihm auferlegten Legatteile unter die 3 übrigen Prälegatare verteilen muß, so ist jeder der 12 Teile wieder in 3 Teile zu teilen. Wir erhalten also im ganzen $3 \times 12 = 36$ Legatteile. Von diesen 36 Teilen kontribuiert A 3, B 6, C 9, D 18 Teile. Bei der Verteilung gibt jeder Prälegatar die seinem Erbteile zur Last fallenden Teile ganz an die Kollegatare heraus; er empfängt dagegen von ihnen so viele Teile, wie ihre Erbquoten betragen.

A erhält also	von B 2, von C 3, von D 6 = 11 Teile
B erhält	von A 1, von C 3, von D 6 = 10 „
C erhält	von A 1, von B 2, von D 6 = 9 „
D erhält	von A 1, von B 2, von C 3, = 6 „
36 Teile	

Die Reduktion dieser endgültigen Teile auf die V a n g e r o w'schen ursprünglich rechtsbeständigen Legatanteile und die Verteilung der dann noch bei jedem Koprälegatar ungültigen Teile, wie K r e t s c h m a r

sie vornimmt, ist unnötig umständlich und prinzipiell falsch.

Bisher ist stets angenommen, daß alle Prälegatäre die Erbschaft antreten. Schlägt einer von den vier die Erbschaft aus, so erhält er nicht etwa nur die pars virilis, welche er erhalten haben würde, wenn alle mit dem Legat Bedachte extranei wären, sondern die Verteilung ist in Gemäßheit mit D. 30, 116, 1 zu machen, d. h. er ist so zu behandeln, als ob er als extraneus zusammen mit 3 alleinigen Erben auf das Legat eingesetzt wäre. Da er als solcher von jedem der 3 Erben ein Drittel des ihm auferlegten Legatteils zu fordern berechtigt ist, so kommt ihm $\frac{1}{3}$ des ganzen Legats zu. Hatte schon eine Verteilung stattgefunden, bevor die Ausschlagung des D. bekannt wurde, so müssen zu den für ihn bei Seite gesetzten $\frac{6}{36}$ A $\frac{1}{36}$, B $\frac{2}{36}$, D $\frac{3}{36}$ hinzulegen, so daß er $\frac{1}{3}$ bekommt. Es behalten dann A $\frac{10}{36}$, B $\frac{8}{36}$, C $\frac{6}{36}$.

Stirbt der Prälegatar D nach dem dies cedens, ohne die Erbschaft angetreten zu haben, und fällt sein Erbteil gemäß D. 31, 75, 1 an den Substituten, so kommt seinem Erben das zu, was D durch den Erbschaftsantritt erworben haben würde, also $\frac{6}{36}$. Fällt dagegen sein Erbteil durch Anwachsung an die Miterben, so erhält der Erbe des D so viel, wie D erhalten haben würde, wenn er ausgeschlagen hätte, also $\frac{1}{3}$.

Es bleibt nun noch der Fall übrig, daß nicht alle Erben mit dem Legat bedacht sind. Sind fünf Erben eingesetzt und zwar A auf 1, B auf 2, C auf 3, D auf 4, E auf 5 Teile und ist der Erbschaft ein Legat zugunsten

von B, C und D auferlegt, so geht das, was A und E zu dem Legat beitragen müssen, in 3, dagegen was der einzelne Prälegatar an seine Kollegatare abgeben muß, in 2 Teile. Das ganze Legat zerfällt also in $2 \times 3 \times 15 = 90$ Teile.

Hiervon kontribuiert A 6, B 12, C 18, D 24, E 30 Teile. Bei der Verteilung erhält

B von A 2,	von C 9,	von D 12,	von E 10,	also 33 Teile
C von A 2,	von B 6,	von D 12,	von E 10,	also 30 „
D von A 2,	von B 6,	von C 9,	von E 10,	also 27 „
				90 Teile

Ich sollte meinen, auch Buchholz¹⁾ hätte zugeben müssen, daß diese Berechnungen Nichtmathematiker nicht abzuschrecken brauchten und daß sie auch für die römischen Juristen nicht zu schwierig gewesen sein würden.

Der Grund, warum wir in den Quellen keine Beispiele von Prälegaten an mehr als 2 Bedachte finden, ist sehr wahrscheinlich der, daß solche Fälle in der Praxis nicht vorkamen. Wenn aber das Prinzip richtig ist, so muß es sich auch in komplizierten Fällen bewähren, und das hoffe ich hier bewiesen zu haben, daß die Regel, daß Prälegatare unter sich im umgekehrten Verhältnis zu ihren Erbteilen teilen, bei einer beliebig

¹⁾ Prälegat S. 432 ff; dazu Arndts 47, 145, auch Kretschmar S. 181 spricht von Rechenexempeln, die der Erblasser dem Teilungsrichter hinterlassen wollte; das kann aber auch heute noch vorkommen.

großen Zahl von Bedachten durchführbar ist. Damit ist aber bewiesen, daß D. 30, 34, 12 einen allgemein gültigen Verteilungsgrundsatz für das Prälegat per vindicationem aufstellt.

Ein Einwand, dem ich wohl erwarten muß zu begegnen, ist der, ob es heute noch Zweck hat, eine neue Prälegatentheorie aufzustellen. Auf die Quellen kann sich die meinige ebenso wenig stützen wie die früheren. Die klassischen Juristen haben sich damit begnügt, gewisse Wirkungen, welche den Vorvermächtnissen, in welcher Form sie auch angeordnet sein mögen, gemeinsam sind, festzustellen, ohne sie auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. Ihre Hauptregel *heredi a semet ipso inutiliter legatur* findet nur Anwendung, wenn der Prälegatar die Erbschaft antritt. Schlägt er aus, oder wird ihm die Erbschaft wieder entrissen, dann wird zurückgegriffen auf den Willen des Erblassers. Hier ist aber der Rechtsprechung die Marschroute vorgezeichnet durch die Rechtsfolgen des letztwilligen Rechtsgeschäfts. Sie kann dem Indignus wohl den ganzen Gegenstand, aber nicht *iure legati* zusprechen; denn der Indignus wird und bleibt Erbe. Die infolge seines Erbschaftsantrittes erloschenen Klagen werden ihm nicht restituiert, D. 34, 9, 8 und 17, und seine durch Konfusion oder Konsolidation erloschenen Rechte leben nicht wieder auf, D. 34, 9, 18, 1. Daß er die Nachlaßschulden nicht trägt, wird in D. 34, 9, 18, 1 ausdrücklich hervorgehoben, was ganz überflüssig wäre, wenn er, wie der abstinierende *suus* oder wie der in *integrum* restituierte Erbe behandelt würde. Der dem Erbteile des Indignus

entsprechende Legatteil war durch seinen Antritt untergegangen und lebt nicht wieder auf. Papinian gibt aber dem Indignus den ganzen vermachten Gegenstand, weil er ihn nach dem Willen des Erblassers haben soll und weil dieser Wille nicht gegen das Verbot der fideicommissa tacita verstößt.

Schlägt der Prälegatar die Erbschaft aus, so ist es rechtlich möglich, daß er wie ein extraneus das ganze Legat erwirbt, und es wird angenommen, daß dies dem Willen des Erblassers entspricht. Auch wenn der Prälegatar die Erbschaft antritt, kann man sagen, daß dem Willen des Erblassers, soweit wie möglich, entsprochen wird, indem der Bedachte angesichts der rechtlichen Unmöglichkeit, daß er das Ganze iure legati erwirbt, doch den ganzen vermachten Gegenstand behält, wenn er keine Kollegatare hat.

Wenn aber der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt stirbt, dann erwirbt sein Erbe nach D. 31, 75, 1 nur den Teil des Prälegats, welcher den Miterben zur Last fällt, nicht weil der Erblasser an ihn gar nicht gedacht hat, sondern weil der Prälegatar die Anwartschaft nur insoweit erworben hatte und auf seinen Erben transmittieren konnte. Daß aber der Prälegatar nur die teilweise Anwartschaft erworben hatte, ist eine Rechtskonsequenz, die, wie alle anderen Rechtsfolgen seiner Verfügung, eintritt, gleichgültig, ob der Erblasser sie vorausgesehen hat oder nicht. Hier tritt also der Wille des Erblassers gar nicht in die Erscheinung, und da Papinian seine Entscheidung nicht begründet hat, so müssen wir eine zureichende Begründung zu

finden suchen, und dies führt uns zurück auf die rechtliche Natur des Prälegats.

Abgesehen von diesen allen Vorvermächtnissen gemeinsamen Wirkungen wird aber nach klassischem Recht jedes Prälegat von der Form beherrscht, in welcher es errichtet ist, und das gilt insbesondere von der Klage und der Verteilung, wenn Mehrere zusammen bedacht sind.

